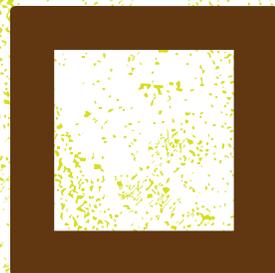
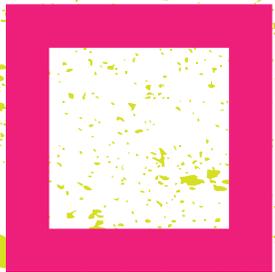


INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2018



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**
FACULTAD DE DERECHO

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2018**

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;
Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile
2018

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de
Derecho de la universidad, 2018, 1ª edición, p. 592, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Lidia Casas
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página
y biografías de los autores del informe 2018.

Materias:

- Chile. Derechos Humanos.
- Justicia y verdad. Chile.
- Derecho de las mujeres. Chile.
- Derechos de los pueblos indígenas. Chile.
- Derecho a la información y libertad de expresión. Chile.
- Equidad de género. Educación. Chile.
- Derechos laborales. Chile.
- Violencia contra la mujer. Chile.
- Personas con discapacidad mental. Chile.
- Privados de libertad. Chile.
- Empresas, aspectos sociales.
- Derechos del niño. Chile.
- Derecho de las personas LGTBI. Chile.
- Inmigrantes, situación jurídica.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2018

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2018

Primera edición: noviembre de 2018

Inscripción nº 297.868 en el Departamento de Derechos Intelectuales

Universidad Diego Portales

Facultad de Derecho

Av. República 105

Teléfono (56-22) 676 2601

Santiago de Chile

www.derecho.udp.cl

Editor general: Tomás Vial

Edición: Vicente Parrini

Diseño: Mg Estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2018**

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**



ÍNDICE

Presentación: estado de los derechos humanos en Chile 2017-2018	9
---	---

PRIMERA PARTE: HECHOS 2017-2018

1 Negacionismo en la era de la postverdad: Verdad, justicia y memoria en Chile, a dos décadas del ‘Caso Pinochet’	17
2 Derechos humanos de las mujeres: Avances en los derechos de las mujeres desafían obstáculos estructurales de la desigualdad, la discriminación y la violencia	107
3 Derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile	135
4 Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes: ¿La infancia primero?	169
5 Derechos humanos de las personas LGTBI: Desafíos pendientes	211
6 Derechos de las personas migrantes y refugiadas: cambios en materia migratoria en Chile	233
7 Derechos de acceso a la información y libertad de expresión	267
8 Derechos económicos, sociales y culturales: La equidad de género en el sistema escolar	297
9 Empresas y derechos humanos: Plan de acción nacional sobre derechos humanos y empresas y plan nacional de derechos humanos	317
10 Derechos laborales: Los límites del derecho de huelga. El talón de Aquiles de la reforma laboral	343
11 Derechos humanos de los privados de libertad: Las cárceles en Chile: ¿Avances o mantenimiento del status quo?	381

SEGUNDA PARTE: INVESTIGACIONES EN DDHH

1 Violencia en contra de la mujer en sus relaciones de pareja. Diligencia debida: femicidio, archivo provisional y decisión de no perseverar en los casos de lesiones por violencia intrafamiliar.	407
2 Una ley de migraciones con un enfoque de derechos humanos.	483
3 Protección de los derechos de las personas con discapacidad mental: Evaluación de las comisiones creadas por la Ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes.	539
Biografías autores <i>Informe 2018</i>	587

PRESENTACIÓN

¿Cómo el Estado chileno está dando cumplimiento a sus obligaciones de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos de todos y todas los/as habitantes de Chile? ¿Hemos avanzado, nos hemos estancado o retrocedido en ello?

Estas preguntas son las que animan, y han animado por 16 años, el *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, producido por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y que presentamos a la comunidad nacional en su decimosexta edición, relativa a temas contingentes –entre mediados de 2017 y julio del presente año– en diversos ámbitos vinculados a los derechos humanos en nuestro país.

La respuesta a estas preguntas se da dentro de un contexto nacional e internacional complejo para la protección de los derechos humanos. Internacionalmente, y en particular en América Latina, la elección de autoridades que presentan discursos abiertamente contrarios al respeto de los derechos de la mujer, las minorías sexuales o raciales, el ejercicio de la fuerza desmedida o directamente la represión de las manifestaciones sociales por parte de algunos gobiernos, agravan una situación que de por sí es de violencia estructural para pobres, mujeres, migrantes y pueblos originarios.

En el contexto nacional, un cambio de gobierno, en particular uno de signo opuesto al anterior, coloca siempre en cuestión la mantención de los compromisos internacionales del Estado. Al respecto, es nuestra opinión que el efectivo respeto a esos compromisos es un principio fundante de una sociedad que verdaderamente se comprometa con los derechos humanos y, además, de la posibilidad de acción legítima del Estado en el plano internacional.

Ese respeto implica también comprender que cuando hablamos de derechos humanos no nos estamos refiriendo solo a los tratados internacionales que nuestro país ha firmado y ratificado, sino que también a las demás fuentes del derecho internacional, como lo es el derecho consuetudinario y las sentencias de las cortes internacionales,

preeminentemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la interpretación autoritativa de los tratados de derechos humanos que emana, especialmente, de las observaciones generales de los órganos de tratado de las Naciones Unidas. De esta forma, este *Informe* también emplea, como parámetros de análisis, los demás estándares de derechos humanos, como son las observaciones finales de los órganos de tratado hechas cuando Chile ha presentado informes ante esas órganos. Creemos que sin este uso amplio de fuentes y estándares no es posible obtener un correcto entendimiento de aquello a lo que se ha obligado Chile ni de cuál es el alcance de esas obligaciones. Es más, sin su empleo sistemático, el sistema de derechos humanos se vería debilitado seriamente en su capacidad de proteger de manera efectiva los bienes más relevantes que la comunidad internacional y nacional ha escogido garantizar, ya que dejaría la interpretación de las cláusulas convencionales al arbitrio de cada Estado.

Chile, en el período de estudio de este *Informe 2018*, ha presentado tanto avances como retrocesos respecto a los derechos humanos, además de existir todavía muchas deudas pendientes y amenazas.

Sin embargo, y previo a ese balance, es necesario reconocer un aspecto que, si se mira bien en el contexto internacional, no debe ser pasado por alto, sino que, al contrario, ser celebrado y fortalecido. El año 2017 se realizaron elecciones de presidente y Congreso, elecciones que fueron sin duda libres, secretas e informadas, en un ejercicio de derechos políticos sin alteraciones, pacífico y que permitió a fuerzas y candidatos nuevos integrarse al debate nacional y a los órganos representativos democráticos. Junto a ello fue también una elección donde hubo un fuerte incremento en la participación de las mujeres y en la elección de ellas como parlamentarias, consecuencia de las reformas electorales aprobadas desde 2015. Estamos convencidas y convencidos de que una democracia que opera efectivamente, aun con todas sus limitaciones, es una de las principales condiciones para el pleno respeto de los derechos humanos.

Ese contexto hoy no puede tampoco omitir lo que ha sucedido tanto a nivel mundial como nacional respecto a las mujeres. Como bien señala Gloria Maira, autora de la sección de actualidad sobre derechos de las mujeres, “El período que revisa este *Informe* –junio de 2017 a junio de 2018– es particularmente auspicioso en materia de derechos de las mujeres. De hecho, es difícil encontrar en el pasado reciente, desde la recuperación de la democracia en adelante, un tiempo en que se hayan producido eventos tan significativos para las mujeres, que tienen su correlato en la legislación y en la política pública, pero sobre todo en la transformación de los imaginarios sociales y culturales del país”. Coincide con esa movilización, y en parte fundamental gracias a ella, la aprobación de la Ley de despenalización del aborto por tres

causales, eliminando con ello una situación de abierta discriminación y negación de los derechos reproductivos, a la salud y a la vida de ellas. Este es un importante avance, aunque insuficiente, para los derechos de las mujeres. Sin embargo, ese camino ganado está bajo amenaza por una expansión desmedida de la objeción de conciencia y, en particular, por la objeción institucional para practicar el aborto en las tres causales señaladas por la ley. Y como la investigación desarrollada por Lidia Casas y Macarena Castañeda, incluida en este *Informe*, muestra con claridad, cuando analizan la violencia intrafamiliar contra mujeres y el femicidio, estos avances se ven oscurecidos por la realidad constante del acoso, de la violencia sexual y el femicidio, ante los cuales la respuesta estatal es abiertamente insuficiente. Al respecto, parece incluso paradójico, y sin duda preocupante, que quien está a cargo de la unidad de delitos sexuales, derechos humanos y violencia de género del Ministerio Público esté sometido a un sumario administrativo por una denuncia de acoso sexual. Ello muestra lo prevalente de esta realidad, incluso en los lugares que se supone están encargados de combatirla.

Los avances en la participación de la mujer en la política son sin duda uno de los aspectos más positivos desde el punto de vista de una sociedad más respetuosa del igual derecho de todos. También lo es, tras un largo trámite legislativo, la aprobación de la Ley de Identidad de Género, que permite a todas las personas trans el debido reconocimiento de su derecho a la identidad. Pese a que la ley no es satisfactoria —desde el punto de vista de los estándares de derechos humanos respecto a los derechos de niños, niñas y adolescentes en cuanto al reconocimiento de ese derecho—, al fundarse en el principio de la auto identificación la nueva ley ha significado un muy importante paso para reconocer la autonomía personal en asuntos de tanta relevancia.

Estos avances, algunos de los cuales, como las reformas políticas y la ley de identidad de género, son consecuencia de un acuerdo amplio, entre gobiernos y partidarios de distinto signo, deben ser reconocidos y celebrados. No hacerlo alimentaría la sensación de que en Chile nada positivo pasa en materia de respeto a esos derechos y de que tampoco es posible el acuerdo transversal respecto a ellos, contribuyendo al pesimismo y el desánimo en la consecución de los mismos.

Pero también de la misma forma, y con toda crudeza, y como lo hemos hecho en forma invariable por 16 años, ante distintos gobiernos, es necesario indicar los retrocesos que se advierten, así como las amenazas y preocupaciones.

Dos tipos de retrocesos destacan en nuestra opinión. Unos son relativos a las demandas por justicia, verdad y reparación, como es la aparición o aumento en la intensidad de discursos negacionistas o el retiro del proyecto de reparación a la víctimas del Informe Valech. Tanto o

más graves son los cambios en política migratoria, donde se han establecido formas de restricción a la migración y un discurso público que solo pueden fomentar un ingreso ilegal, con sus consiguientes consecuencias de precariedad abuso y discriminación.

Las deudas en materia de obligaciones de derechos humanos son muchas y solo se pueden mencionar las que consideramos más graves. Como bien lo señala la profesora Cath Collins en el capítulo sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, respecto a la exigencia de justicia en materia de tortura, algo que se ha hecho notar *Informe tras Informe*: “Desde la óptica de los deberes estatales relativos a crímenes reconocidos en el derecho internacional como graves violaciones, la continua exclusión de la tortura del mandato de la única instancia estatal, fuera del poder judicial, que impulsa activamente el cumplimiento de la obligación estatal de perseguir penalmente a dichas violaciones es injustificable, y sin duda representa un incumplimiento.” Tanto o más grave que lo anterior es el que aún no exista conocimiento del paradero de centenares de detenidos desaparecidos. Solo en estas dos dimensiones fundamentales no se puede hablar ni de avances ni retrocesos, sino que simplemente de incumplimientos históricos, y por ello de graves infracciones a los derechos de las víctimas y de sus familiares.

Aún más antigua es la deuda del Estado de Chile con sus pueblos originarios. La falta de un debido reconocimiento de su autonomía, a sus derechos de tierra y territorios, cultura y lengua, solo ha alimentado una situación de conflicto que se expresa, una vez más, en el homicidio de un joven mapuche, Camilo Catrillanca Marín, el que de acuerdo a la información de que se dispone, al cierre de la impresión de este *Informe*, fue producto de disparos de Carabineros.

Tampoco el Estado ha cumplido, como ya es de público conocimiento, con su deber de proteger a los niños, niñas y adolescentes, como lo demuestra el trabajo de Ester Valenzuela y Macarena Arismendi. Mientras tanto, en lo que se refiere a la situación del SENAME, se siguen revelando episodios de vulneraciones a los derechos de NNA, que continúan provocando escándalo nacional.

Este año el *Informe* trae una nueva organización de sus capítulos que pasamos a explicar. Una primera parte, denominada secciones de actualidad, contiene capítulos dedicados eminentemente a determinar cuáles son los hechos (y las omisiones) más relevantes dentro del período de un año, el que va (aproximadamente) entre junio de 2017 a julio de 2018 y luego analizarlos a la luz de los estándares de derechos humanos antes enunciados. Estas secciones pretendemos que sean permanentes, de modo que el *Informe* pueda año a año ir emitiendo un juicio fundado sobre los principales hechos relativos a derechos humanos ocurridos en el país. Así, por ejemplo, pretendemos que

siempre haya una sección sobre género y derechos de la mujer y otra sobre migrantes. Estas son materias sobre las cuales históricamente el *Informe* ha contenido capítulos y que reflejan, además, el trabajo del Centro y de sus investigadoras,¹ aunque ellos pueden variar de acuerdo a la disponibilidad de investigadores que existen. Este año el *Informe* contiene 11 de estas nuevas secciones de actualidad. Entre ellas se incluye el largo trabajo del Observatorio de Justicia Transicional dirigido por la profesora Cath Collins, titulado “Negacionismo en la era de la postverdad: Verdad, justicia y memoria en Chile, a dos décadas del ‘caso Pinochet’”, que ha encabezado siempre el *Informe*; el trabajo de Gloria Maira, “Derechos humanos de las mujeres: avances en los derechos de las mujeres desafían obstáculos estructurales de la desigualdad, la discriminación y la violencia”; el de Pilar Muñoz y Liliana Ramos, denominado “Derechos económicos, sociales y culturales: la equidad de género en el sistema escolar”; “Derechos de las personas migrantes y refugiadas: cambios en materia migratoria en Chile” de Francisca Vargas; uno sobre derechos de los pueblos indígenas, escrito por la investigadora Antonia Rivas; el capítulo de la profesora Ester Valenzuela y Macarena Arismendi, titulado “Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes: ¿la infancia primero”; la sección denominada “Derechos humanos de las personas LGTBI: Desafíos pendientes”, redactado por las investigadoras María Belén Saavedra y Constanza Valdés; el de Enrique Rajevic, sobre el estado del derecho a la información y la libertad de expresión; el capítulo “Empresas y derechos humanos: plan de acción nacional sobre derechos humanos y empresas y plan nacional de derechos humanos”, escrito por la profesora Judith Schönsteiner; la profesora Karla Varas escribió la sección titulada “Derechos laborales: los límites del derecho de huelga. El talón de Aquiles de la reforma laboral; y el investigador Eduardo Alcano, la sección de actualidad titulada “Derechos humanos de los privados de libertad: las cárceles en Chile: ¿avances o mantenimiento del status quo?”.

Junto a lo anterior, el *Informe* contiene una segunda parte, que hemos llamado investigaciones de derechos humanos. Pretende incluir estudios más largos en extensión, con un uso más intenso de diversas metodologías de investigación, a fin de analizar un área o temática específica de derechos humanos en Chile, independiente de la cronología. Este año el *Informe* contiene 3 de estos capítulos de investigación: el de la profesora Lidia Casas y la investigadora Macarena Castañeda, titulado “Violencia en contra de la mujer en sus relaciones de pareja. Diligencia debida: femicidio, archivo provisional y decisión de no perseverar en los casos de lesiones por violencia intrafamiliar”;

1 De 17 autoras y coautoras de los diversos capítulos del *Informe 2018*, 15 son mujeres.

“Una ley de migraciones con un enfoque de derechos humanos”, elaborado por la profesora de la Clínica de Migrantes y Refugiados, Francisca Vargas; y el trabajo de Sebastián del Pino, “Protección de los derechos de las personas con discapacidad mental: evaluación de las comisiones creadas por la Ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes”.

La publicación del *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2018* no hubiera sido posible sin el dedicado esfuerzo de los autores de los diversos capítulos, así como el de numerosas ayudantes alumnos y alumnas de la UDP. El Centro de Derechos Humanos quiere agradecerles a todos y todas este esfuerzo mancomunado. Se agradece, también, a José Joaquín Suzuki, coordinador de comunicaciones de la Facultad de Derecho UDP, y al equipo de comunicaciones de Casa Central, dirigido por Emilia Edwards, sin el cual este *Informe* no podría haber sido difundido, y el valioso trabajo de organización y apoyo prestado por Carmen Gloria Álvarez. También quisiéramos destacar el dedicado y acucioso trabajo de edición de Vicente Parrini, editor de estilo, la revisión de Sonia Kuzmanic y el de diagramación en las manos de Marisol González. Para terminar, se agradece a la Universidad por apoyar cada año económicamente su publicación en forma permanente e íntegra, lo que permite que este *Informe* mantenga su independencia tradicionalmente valorada.

Dr. Tomás Vial Solar
Editor General

Dra. Lidia Casas
Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

**PRIMERA PARTE:
HECHOS 2017-2018**

NEGACIONISMO EN LA ERA DE LA POSTVERDAD: VERDAD, JUSTICIA Y MEMORIA EN CHILE, A DOS DÉCADAS DEL ‘CASO PINOCHET’¹

- 1 Capítulo preparado por Cath Collins y el equipo del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP, que realiza, desde 2009, un análisis interdisciplinario en materia de verdad, justicia, reparaciones y memoria por violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas en Chile durante la dictadura cívico militar que gobernó el país desde 1973 a 1990. Participaron en el presente capítulo los investigadores y abogados Boris Hau, Francisco Jara Bustos, Alfonsina Peña, y Francisco Ugas, así como la antropóloga social Dra. Loreto López, y el ayudante Matías San Martín. La coordinación y edición general estuvo a cargo de Cath Collins, catedrática de justicia de transición de la Universidad de Ulster, Reino Unido, y directora del Observatorio. Agradecemos a todas las personas, organizaciones e instituciones que colaboraron con entrevistas e información..

SÍNTESIS

Abrimos nuestro capítulo sobre justicia transicional recordando las palabras del primer Relator especial de la ONU en la materia, quien ha subrayado la importancia que tiene, para las sociedades pos-autoritarias, el recordar, reconocer, reparar y hacer justicia, si quieren asegurar la prevención y las garantías de no-repetición, para futuras generaciones. Es preocupante, entonces, observar las numerosas promesas incumplidas del gobierno saliente, así como las pocas o nulas señales de avance, incluso augurios de retrocesos importantes, en lo que va del periodo de su reemplazo, en relación a los deberes que el Estado de Chile tiene en materia de verdad, justicia, reparación, y memoria. Es quizás aún más preocupante que en la región entera, así como en Chile, las lecciones del pasado reciente al parecer ya empiezan a ser olvidadas. A nivel social, se percibe un flamante y aparentemente envalentonado brote de violencia ultraderechista, xenófobo y abiertamente fascista, que reivindica al difunto exdictador y recicla los discursos de odio y violencia de antaño. En el hemiciclo del Parlamento, se ha insultado la honra y la veracidad de las y los sobrevivientes de exilio y tortura. Se estimó apropiado, en fecha reciente al cierre de este *Informe*, nombrar ministro a quien ha arremetido contra el relato de un museo basado en los resultados de la Comisión de la Verdad. En el ámbito de la justicia, el largo proceso de rehabilitación moral del Poder Judicial empieza a perder fuerza, cuando cambios de personal son capaces de producir inmediatos y notorios giros en la práctica respecto de la sanción de los más graves crímenes internacionales, y cuando los tribunales de más alto nivel entran en aparente contradicción y afectación de competencias. Las Fuerzas Armadas, y de Orden nuevamente han mostrado en el periodo, señales de todavía contar entre sus filas con quienes celebran abiertamente la más perversa traición de lo que deben ser sus valores verdaderos. La transversalización del compromiso moral para con los principios más básicos de la convivencia política y social –de no matar, ni torturar; ni permitir, tolerar, o justificar, que otro lo haga o lo haya hecho, sin escuchar a razones,

causas, o colores— parece seguir evadiendo nuestro alcance. Para personas, como Anita González Recabarren, a quien hemos perdido en este 2018 ya es y será tarde para siempre, que Chile cumpla sus promesas y deberes, y salde sus deudas con el pasado reciente.

PALABRAS CLAVES: verdad, justicia, reparación, memoria, negacionismo, crímenes de lesa humanidad, juicios, libertad condicional, supremacía, Tribunal Constitucional, sitios de memoria, caso Pinochet.

INTRODUCCIÓN

Ya se ha tornado habitual, que el presente *Informe* abra con un capítulo que analice los principales acontecimientos recientes en materia de verdad, justicia, reparación, memoria y garantías de no repetición, referentes a las graves violaciones a los derechos humanos (en adelante, DDHH) ocurridos durante la dictadura cívico-militar de 1973 a 1990. En ediciones anteriores, hemos analizado tanto principios y jurisprudencia del derecho penal internacional, como los protocolos, recomendaciones, informes y directrices de los organismos internacionales sobre justicia transicional, con especial hincapié en los informes presentados ante la comunidad de los Estados por el relator especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. El saliente relator, Pablo de Greiff, enfatizó la necesidad de que los Estados procuren construir un “marco integral y sustantivo” de prevención, que busque eliminar continuismos que alimentan nuevos abusos, superar la fragmentación y dispersión de los esfuerzos de justicia transicional, y comprender que la ratificación de tratados debe ir acompañada por su activa incorporación, en la letra, pero también en espíritu. Dicho esfuerzo debe permear las instituciones sociales, económicas, constitucionales y de seguridad, propiciando además la participación de víctimas, y la formación de un movimiento pro DDHH en la sociedad civil que sea empoderado y activo, visto por el Estado como el principal motor social de prevención y no como un mero proveedor de informes o monitoreo.²

Es penoso constatar la frecuencia con que cada uno de los peligros que el (ahora) exrelator advierte al no lograr esas metas, se han hecho presentes en la trayectoria de la justicia transicional en Chile en los

2 A/72/523, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación, y las garantías de no-repetición*, 12 de octubre de 2018, sobre prevención; y A/HRC/34/62, idem, 27 de diciembre de 2016, sobre la participación de las víctimas en las medidas de justicia de transición.

últimos años. Incluso se perciben preocupantes tendencias al retroceso: el afloramiento de un ‘pinochetismo cultural’ y social de claros tintes fascistas; una deficiente interpretación de la ‘reconciliación’ que la asimila al abandono de la búsqueda de justicia; y el abuso de resquicios legales, con apropiación del vocabulario del humanitarismo, por parte de perpetradores. Para algunos sectores, dichas tendencias fueron ejemplificadas cuando, en julio de 2018, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenó la concesión de libertad condicional a seis agentes torturadores, homicidas y/o secuestradores, contraria a la recomendación de los recintos penales donde estos sujetos se encontraban reclusos. No obstante, este hecho, que es analizado en mayor profundidad más adelante en este capítulo, no fue aislado. Tiene correlatos regionales, así como antecedentes nacionales, y evidencia los peligros de delegar en la cambiante interpretación judicial un deber estatal que compete y compromete a cada uno de sus tres poderes. Estos sucesos levantan interrogantes sobre el significado de la penalidad frente a hechos delictivos de lesa humanidad. Esta discusión es en parte el correlato objetivo del inexorable paso del tiempo, con que ha madurado la ola de causas penales iniciadas hace dos décadas. Así, observamos que en Argentina y Perú también se han suscitado fuertes debates sobre como los sistemas penales deben tratar a perpetradores de crímenes atroces. En dichos países, así como en Chile, estas interrogantes surgen además en un entorno de contracorrientes que relativizan, desconocen, o niegan los horrores del terrorismo de Estado, intentando revivir las descaradas prácticas de mentira y engaño de los propagandistas de los regímenes dictatoriales. En la era de la ‘postverdad’, dichas prácticas despiertan aparente eco incluso en círculos oficialistas. Durante 2018 tanto el Lugar de Memorias del Perú como el Museo de la Memoria y los DDHH de Chile fueron objeto de esporádicos y espurios ataques. En Chile, la polémica ocasionada por la brevísima elevación al puesto de ministro de Cultura de quien, en el pasado, se ha referido al Museo como un “montaje” (...) “desvergonzado y mentiroso”, ocurrió a pocas semanas de que un diputado de derecha tildó de “terroristas” a sobrevivientes de tortura y prisión política.³

En el caso de Chile, estas polémicas tienen raíces en el pasado reciente. Bajo administraciones anteriores se han vivido deficientes, parciales o inexpertos esfuerzos legislativos, la postergación de reformas estructurales, y el incumplimiento de promesas de campaña y/o

3 Mayor detalle a continuación.

anuncios oficialistas.⁴ Con la finalidad de trazar el problema actual desde estas raíces, la primera sección de nuestro *Informe* adopta una mirada ampliada, permitiendo una mejor apreciación de los hechos acaecidos durante los doce meses que son su principal enfoque temporal (julio de 2017 a junio de 2018). Ofrecemos, primero, un balance del segundo periodo del gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet en materia de justicia transicional, para luego hacer un repaso similar del programa de gobierno y los primeros meses de su sucesor, el actual presidente Sebastián Piñera. Este análisis se hace en un año marcado por el cuadragésimo quinto aniversario del golpe de Estado del 11 de septiembre, y los aniversarios duodécimos de una serie de hechos relevantes: desde la primera querrela criminal nacional admitida contra el ahora difunto dictador Augusto Pinochet, hasta su detención en Londres por crímenes de lesa humanidad, pasando por la adopción del Estatuto de Roma, pavimentando el camino a la existencia de la Corte Penal Internacional. Es un aniversario también significativo para el Observatorio de Justicia Transicional (antes Observatorio de DDHH), que debe su existencia a la conferencia “El Efecto Pinochet”, realizada en la UDP en octubre de 2008. Es por ello que cerramos este segmento introductorio dedicando el presente *Informe* a todos quienes, desde los orígenes del Observatorio, se han hecho parte de sus permanentes esfuerzos para estudiar el proceso de verdad, justicia, reparación, memoria y garantías de no repetición, en Chile y en la región, con la finalidad de aportar desde la academia al dialogo público y la acción social.

1. TEMAS PROMINENTES

1.1. Marco normativo: balance en justicia transicional del segundo periodo presidencial de Michelle Bachelet (2014-2018)

El segundo gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet, si bien tuvo algunos logros importantes en materia de derechos reproductivos y de educación, se caracterizó por el retardo y el incumplimiento de diversos otros compromisos sobre derechos humanos contenidos en su

4 Refiriéndose a la “indolencia” del gobierno anterior, Manuel Guerrero Antequera –hijo homónimo de uno de las tres personas, militantes comunistas, asesinadas vilmente por Carabineros en marzo de 1985 –del mismo nombre– reaccionó a la concesión de libertad condicional a ex agentes en julio de 2018, declarando: “Ustedes se coludieron por acción u omisión con quienes hoy gobiernan para crear un contexto en que asesinos puedan salir libres”. El Desconcierto: “Ustedes hicieron esto posible”: Manuel Guerrero acusa responsabilidad del gobierno de Bachelet en perdonazo...”, 3 de agosto de 2018.

programa de gobierno.⁵ Entre ellos, se cuentan buena parte de las promesas relacionadas con verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, respecto de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas entre 1973 y 1990. Algunas de las promesas no cumplidas requerían acción presidencial en materia de ley, mientras que otras podrían haber sido logradas mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria del Ejecutivo.⁶ En cuanto a las materias de dominio legal, algunas ni siquiera dieron origen a mensajes presidenciales al Congreso.⁷ En otros casos, si bien se presentaron proyectos de ley, no se les dio el impulso necesario para que se convirtieran en ley.⁸ Un tercer grupo de proyectos fueron inicialmente calificados desde el Ejecutivo con algún grado de urgencia, pero con posterioridad, dicha calidad fue retirada.⁹ Solo en casos excepcionales, proyectos de ley ingresados o auspiciados por el Ejecutivo, se convirtieron en Ley de la República. Se incluyen unas leyes de presupuesto otorgando incrementos modestos a instituciones relevantes, más la publicación del proyecto Ley N° 20.874, que pretendía otorgar un aporte único (bono económico) a las y los sobrevivientes de prisión política y tortura, hoy reconocidos por el Estado. No obstante, el retiro inmediato de dicho proyecto fue uno de los primeros actos de la administración entrante (ver abajo).

En relación a la segunda posible vía de cumplimiento, el ejercicio ejecutivo de la potestad reglamentaria, también se observó el retardo o, lisa y llanamente, el incumplimiento de compromisos: en particular, en todo lo relativo a la creación de una entidad estatal permanente para cumplir con los deberes estatales en el reconocimiento, reparación, y asistencia jurídica y social para las y los sobrevivientes de prisión política y tortura, una deuda ya flagrantemente pendiente y en que

- 5 Los logros incluyen la entrada en vigor de la Ley 21.030, que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, y la Ley 21.040, referente al sistema de Educación Pública. El mencionado programa, *Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018*, fue publicado en octubre de 2013 por el Comando Presidencial de Michelle Bachelet Jeria.
- 6 Respectivamente, artículos 65, y 32 N° 6, de la Constitución.
- 7 Entre ellas se incluyen una que prometía asegurar el cumplimiento y respeto en el país, de las decisiones jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos. También, una que preveía la adopción de medidas "(...) legislativas si fueren necesarias, para reconocer el derecho de las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares, a obtener reparaciones civiles de los victimarios y, en su caso, del Estado", y la promesa de revisión de las leyes reparatorias actuales. Programa de Gobierno de Michelle Bachelet Jeria, op.cit.
- 8 Impulsos que incluyen la facultad constitucional de calificar a proyectos de ley como de simple o suma urgencia, o bien de discusión inmediata, fijándose de este modo, plazos máximos de discusión en las respectivas Cámaras. Artículo 74 de la Constitución Política de la República de 1980, en relación al artículo 26 de la Ley 18.918, Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.
- 9 A veces retirando urgencia en forma reiterada sobre un mismo proyecto: por ejemplo, el Boletín N° 9.748-07, prometiendo reforma constitucional para asegurar la imprecriptibilidad e inamnistiability de crímenes de guerra y de lesa humanidad.

no se atisba ninguna señal de avance. Uno de los pocos logros que sí se puede señalar, y que fue debidamente valorado en su momento en el *Informe* respectivo, fue la dictación del Decreto N° 924, de 2016, del Ministerio de Justicia. Ese decreto modificó el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios para mejorar la compatibilidad de la concesión de permisos de salida a criminales de lesa humanidad con los deberes internacionales. No obstante, como veremos más adelante, aquello no impidió que la Corte Suprema iniciara, en julio de 2018, una nueva política en materia de libertad condicional que amenaza con hacer redundante dicha modificación. Ello, toda vez que el así llamado ‘Supremazo’ (ver abajo sección 3.2.6) dio pase a la contradictoria situación de que, para ciertas clases de criminales de lesa humanidad, sería más fácil conseguir libertad condicional o la rebaja definitiva de su sentencia, que conseguir los permisos de salida temporales que se supone deben ser sus precursores.

Buscando explicaciones por lo observado, y en atención a la detención de mayorías en ambas Cámaras de parte del oficialismo durante el periodo en cuestión, es difícil no diagnosticar una falta de voluntad política de la saliente administración, para dar cumplimiento a los compromisos libremente asumidos durante el periodo de campaña. Esta situación generó un profundo malestar en sectores de la sociedad civil, incluso entre quienes habían sido partidarios de la coalición de la Nueva Mayoría o bien creyeron inicialmente en las mencionadas promesas.¹⁰ Es pertinente resaltar que los compromisos involucrados no constituían solamente antojos partidistas o exigencias de grupos de interés, sino que se dirigían a dar cumplimiento a deberes internacionales establecidos en diversas fuentes de derecho internacional por las cuales Chile se encuentra obligado.¹¹ Incluso existen, respecto de algunos de ellos, recomendaciones dirigidas a todos los Estados integrantes del

10 Radio Universidad de Chile: “*Ex presos políticos esperan que Bachelet cumpla alguna promesa*”, 7 de marzo de 2018; CNN Chile: “*entrevista a Alicia Lira Matus*”, 13 de marzo de 2018.

11 Ver *Informes* anteriores e, *inter alia*, la Carta de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura, la Convención sobre los Derechos del Niño, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas, el Estatuto de Roma de 1998, y fuentes consuetudinarias vinculantes tales como la costumbre internacional y normas de *ius cogens*. El Sistema Interamericano de DDHH también incluye múltiples convenios vinculantes para el Estado de Chile; así como instrumentos internacionales no vinculantes, pero vigentes mucho antes de la dictadura, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948.

sistema regional y universal de protección de DDHH,¹² y/o específicamente al Estado de Chile, por parte de órganos supervisores de los sistemas antes aludidos.¹³ También hay sentencias de la Corte IDH que señalan el incumplimiento de parte de Chile de derechos garantizados por la Convención Americana de DDHH (Pacto de San José).¹⁴

El capítulo titulado “Derechos Humanos” del mencionado Programa de Gobierno hizo referencia a compromisos de distintos tipos. Primero, compromisos de orden constitucional. Segundo, relativos a la institucionalidad nacional en derechos humanos y a las funciones de algunas de estas instituciones. En lo primero, el programa señalaba:

Reconoceremos con el máximo valor en la Constitución, los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos y, en especial, incorporaremos una norma que establezca que, en toda interpretación constitucional o legal, deben primar dichos tratados o convenciones. Estableceremos en forma expresa en la carta fundamental que los Crímenes de Lesa Humanidad cometidos, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, son delitos imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido y no susceptibles de amnistía, ni indulto general o particular.¹⁵

De lo señalado, se desprenden tres compromisos. Respecto al primero —el reconocimiento constitucional de los tratados internacionales—, la inclusión de un precepto constitucional que considerase dicho contenido era innecesario, siendo que ya existe el artículo 5º, inciso

12 En 2002, la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Considérese, además, el Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, versión original y actualizada; y, la Resolución 60/147, de la Asamblea General de la ONU, del 16 de diciembre de 2005, relativa a los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones.

13 El Consejo de DDHH de la ONU aprobó, el 19 de junio de 2014, el resultado del examen periódico universal de Chile. El resultado es integrado por el informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (A/HRC/26/5), junto con las observaciones, respuestas, y compromisos voluntarios presentados por Chile. Entre las recomendaciones vinculadas a justicia transicional figuran: adherirse a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, de 1968; hacer efectiva la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas; enjuiciar, en proporción con la gravedad del delito, las violaciones de la dictadura; poner fin a la impunidad; derogar el Decreto Ley de Amnistía, y cumplir la recomendación del Comité contra la Tortura de derogar la disposición de la Ley 19.992, que establece el ‘secreto Valech’.

14 Son tres los casos en que la Corte IDH ha dictado sentencias condenatorias en contra del Estado de Chile en materia de justicia transicional: *Almonacid Arellano y otros versus Chile* (2006); *García Lucero y otras versus Chile* (2013); y *Maldonado Vargas y otros versus Chile* (2015). En *Informes* anteriores hemos abogado consistentemente por el cumplimiento pleno de dichas sentencias.

15 Comando Presidencial de Michelle Bachelet Jeria, *op. cit.*, p. 164.

segundo, de la Carta Fundamental,¹⁶ y habida consideración, además, de que existe hoy una interpretación que, tanto a nivel de Justicia Constitucional como de Justicia Ordinaria, le reconoce a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, una jerarquía o un rango constitucional.¹⁷ Respecto de lo segundo, la incorporación de una norma interpretativa que subrayara dicha primacía, la actividad legislativa del Ejecutivo durante el periodo en cuestión no demuestra ni un mensaje en tal sentido, ni tampoco el patrocinio del Ejecutivo a una iniciativa ya ingresada. En cuanto al tercer compromiso, el reconocimiento explícito constitucional de la imprescriptibilidad, inamnistiability, y exclusión de indulto, de los crímenes de lesa humanidad, debemos recordar el *Informe* 2015. En el dimos cuenta del proyecto de reforma constitucional, Boletín N° 9.748-07, introducido por mensaje presidencial el 10 de diciembre de 2014. Al proyecto se le otorgó urgencia suma el 6 de enero de 2015, urgencia que en múltiples ocasiones posteriores fue retirada. El proyecto actualmente sigue en primer trámite constitucional ante el Senado, sin urgencia alguna.

El segundo tipo de compromiso, sobre institucionalidad en derechos humanos, contemplaba la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos (en adelante, Subsecretaría DDHH) y de una Defensoría del Pueblo u *Ombudsman*; y el fortalecimiento de la institucionalidad existente, incluyendo al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, MMDH, el Programa de DDHH, y los departamentos más relevantes del Servicio Médico Legal y la Policía de Investigaciones. Finalmente, se comprometió a establecer una institucionalidad adecuada para el diseño y monitoreo de la política de Estado que se buscó instaurar.¹⁸ En relación al INDH, en efecto se amplió su cobertura física a través de la apertura de 12 sedes regionales.¹⁹ La Subsecretaría de DDHH fue creada el 5 de enero de 2016 y activada en 2017.²⁰ Los recursos asignados a ella mediante las Leyes de Presupuestos subsecuentes han sido 2.987.018

16 Cuyo texto señala: "(...) El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

17 Ver, por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema en el caso de la desaparición de Miguel Sandoval, rol. 517-2004, 17 de noviembre de 2004, considerando trigésimo quinto.

18 Comando Presidencial de Michelle Bachelet Jeria, *op. cit.*, pp. 164-165.

19 Actualmente, el INDH cuenta con sedes regionales en: Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Coquimbo, Valparaíso, Región Metropolitana, Maule, Bío Bío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Magallanes y la Antártica Chilena.

20 Ley 20.885, que "Crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y adecúa la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia", promulgada el 16 de diciembre de 2015 y publicada el 05 de enero del 2016.

miles de \$, el año 2017; y, 3.918.225 miles de \$, el año 2018.²¹ Una de las principales funciones confiadas a ella fue la elaboración del primer Plan Nacional de Derechos Humanos, previsto para el periodo 2018-2021. Una primera versión del Plan fue lanzada públicamente el 22 de diciembre de 2017, si bien ella fue ampliamente criticada por no considerar debidamente la participación en todas sus etapas de elaboración.²² Además, fue posteriormente sujeto a una extensa revisión de parte de las nuevas autoridades.²³ La creación de la Subsecretaría también conllevó el traspaso a ella del entonces Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, formándose la entidad hoy conocida como “Unidad Programa de Derechos Humanos” (ver *Informe* 2017). El traspaso generó diversos problemas, perjudicando su normal desenvolvimiento, afectando a su personal, y generando una sensación, en varias agrupaciones, familiares, y entidades de la sociedad civil, de alejamiento y distancia. Actualmente, la entidad se encuentra acéfala, debido a la existencia de un sumario administrativo aún sin resolver. Dicha situación ha producido incertidumbre y una sobrecarga de trabajo, que ha mermado tanto la formulación de líneas estratégicas en litigio, como la comunicación fluida directa de la entidad con los medios y otros actores con legítimo interés en su labor. Si bien desde Subsecretaría se nos señaló, a principios de agosto, la intención de que la situación estuviera subsanada para fines del mismo mes, a la fecha de cierre de edición de este *Informe* (mediados de octubre) no había aviso de novedades. Para una evaluación más detallada de acciones efectivamente tomadas por la entidad en su nueva encarnación, ver abajo, secciones 1.5 y 3.6.1. Ellas incluyen la creación de un área de estudio, encargada de impulsar el “Plan Nacional de Búsqueda y Destino Final de Detenidos Desaparecidos” prometida en la primera versión del Plan Nacional de DDHH. Si bien la creación de dicho plan ha sido largamente recomendada, tanto por el Observatorio como por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU, su correcto diseño y ejecución requeriría la participación activa de todas las entidades estatales relevantes, más familiares y la sociedad civil.

En cuanto los derechos de sobrevivientes, el cumplimiento ha sido virtualmente nulo, como se detalla a continuación. Chile aún no cuenta, a 45 años del golpe, con una entidad que asuma dicha

21 Fuente: sitio web de la Dirección de Presupuestos, del Ministerio de Hacienda,

22 Ver *Informe* 2017 y normas de la ONU sobre participación de sociedad civil, entre ellas, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Handbook on National Human Rights Plans of Action*, agosto de 2002.

23 El 24 de agosto de 2018, el Ministerio de Justicia y DDHH anunció la tercera reunión de un Comité Interministerial que tendría como objetivo “diseñar, evaluar e ir reformulando el Plan Nacional de Derechos Humanos”. Fuente: página web del Ministerio.

responsabilidad. Si bien el Plan Nacional, en su versión publicada, prometía crear una “Comisión Calificadora Permanente” y un “Registro Nacional de Víctimas calificadas de violaciones masivas”, un intento tardío de reclutar comisionados fue abandonado ante el inminente cambio de administración, significando que el eventual cumplimiento de ambas promesas recayera enteramente en las manos de las nuevas autoridades. Cabe señalar además que, si bien el Observatorio ha abogado en reiteradas oportunidades para la existencia de una comisión permanente, dicha comisión y/o registro no ofrece, en sí, más que la rectificación de actuales omisiones o errores en los listados oficiales de las decenas de miles de personas asesinadas, desaparecidas, torturadas o sometidas a prisión política por el terrorismo de Estado. Para que tenga sentido abultar las nóminas reconocidas dentro de las estrictas definiciones adoptadas por las Comisiones de Verdad, sería necesario tanto reconocer los demás casos y tipos de grave violación cometida, cuanto, atender con seriedad a los derechos en materia de verdad, justicia, y reparaciones que proceden de dicho reconocimiento.²⁴ Aquello se ve muy improbable dado que las legítimas reivindicaciones de las y los sobrevivientes actualmente reconocidas han sido reiteradamente ignoradas, postergadas o abandonadas. A modo de ejemplo, la administración saliente dejó sin resolver, cada elemento de una pauta de 10 temas, que venían discutiéndose con representantes de agrupaciones de ex presos políticos desde al menos 2015 (ver *Informes* anteriores, y sección 1.4, a continuación). También fue frustrado el propósito, reiteradamente anunciado, de legislar sobre el así llamado ‘secreto Valech’, cuando un proyecto avalado por la misma administración no logró suscitar suficiente adhesión incluso entre sus propios diputados.²⁵ En tanto, desde la actual Subsecretaría de DDHH se nos señaló, en agosto de 2018, que no estaba previsto hacer extensivas a sobrevivientes los servicios jurídicos prestados por la Unidad Programa de DDHH.²⁶ Similar consideración nos fue informada sobre el anuncio, contenido en la versión originalmente lanzada del Plan Nacional de DDHH, de que el Ministerio de Defensa “estudiar[á] las alternativas para dejar sin efecto los beneficios asociados al grado de los miembros de las Fuerzas Armadas condenados por crímenes de lesa humanidad”. De hecho, más bien, el texto entero del Plan ha sido declarado bajo estudio y sujeto a revisión por parte de las nuevas autoridades.

24 Como mínimo, se debería homologar y darles continuidad y seguimiento a instancias ya depuestas, como la Oficina Nacional de Retornados, u otras que siguen operando en forma aislada, como es el caso del programa de Exonerados Políticos.

25 Ver *Informe* 2017, sobre la votación de agosto 2016. Un nuevo proyecto, visado por la Comisión de DDHH del Senado en septiembre del 2017 por tres votos contra dos, en teoría sigue en trámite.

26 Entrevista con la Subsecretaría de DDHH, 6 de agosto de 2018.

Quizás la principal señal visible de inoperancia en materia de justicia transicional de la administración saliente no fue en relación al Plan Nacional, sino en lo acontecido en vísperas de la entrega del gobierno. Luego de que se hubiera dilatado por años una decisión sobre el cierre de Punta Peuco, el único penal nacional especial para criminales de lesa humanidad aún existente, la entonces presidenta aparentemente intentó cerrarlo el 10 de marzo, el último día de su gestión. En una confusa serie de incidentes, un diputado oficialista y diversos medios señalaron el cierre como un hecho, para luego retractarse, precisando que el entonces ministro de Justicia habría desobedecido órdenes presidenciales, negándose a firmar el decreto correspondiente. La sensación de improvisación no fue sino acentuada con la presentación, también a última hora, de un escrito de una foja ‘denunciando’ los cerca de 40.000 casos de tortura reconocidos por la Comisión Valech.²⁷ Como anticipamos en el *Informe 2017*, la figura utilizada no permite a la Subsecretaría de DDHH ni a su Unidad Programa ser parte pleno en cualquier eventual investigación que se curse, siendo entonces una figura completamente deficiente cuando se trata del cumplimiento por parte del Estado de sus deberes de investigar, a *motu proprio*, crímenes de lesa humanidad.²⁸ A la fecha de cierre de esta edición, no había mayores noticias de la suerte corrida por la denuncia, que un oficio cursado por el ministro en visita Mario Carroza al Instituto Nacional de DDHH, INDH, solicitando vista de los antecedentes contenidos en el archivo de la Comisión Valech, cuya respuesta seguía pendiente. Ante la sensación de inoperancia generada por ambos hechos, dirigentes de las principales agrupaciones de familiares del país dudaron de la sinceridad del gesto y/o acusaron una falta de valentía. La sobreviviente Carmen Gloria Quintana calificó lo sucedido respecto de Punta Peuco como una “falta de respeto cruel”, y la diputada Carmen Hertz incluso declaró “poco plausible” la versión culpando al ministro Campos.²⁹ Solamente el diario *El País*, de España, parecía valorar de manera acrítica el hecho.³⁰ Las razones de tanta improvisación son opacas, toda vez que versiones de todas las fallidas iniciativas habían sido exigidas durante

27 Junto con una querrela de 16 páginas, denunciando exhumación ilegal durante la llamada “Operación Retiro de Televisores”. Hay quienes señalan además que la fecha de ingreso de ambos escritos habría sido el 12 de marzo de 2018, cuando su firmante ya no ostentaba el puesto de Subsecretaría de DDHH. No obstante, altas fuentes del poder judicial aseveran que ambos fueron recibidos el día viernes 10 de marzo.

28 Ver *Informe 2017* sobre lo inadecuado de la figura de denuncia.

29 Cooperativa.cl: “Lorena Pizarro: Bachelet nunca tuvo la intención de cerrar Punta Peuco”, 12 de marzo de 2018; Radio UChile.cl: “Alicia Lira: ‘Bachelet tuvo la cobardía necesaria para no cerrar Punta Peuco’”, 13 de marzo de 2018; *La Tercera*: “Quien gobernó fue Michelle Bachelet y ella es la que debe dar las explicaciones de lo sucedido”, 14 de marzo de 2018.

30 *El País*: “Bachelet logra a última hora que la Justicia investigue 30.000 casos de torturados en la dictadura”, 23 de marzo de 2018.

años por sectores de la comunidad de DDHH. A principios de agosto de 2018, la rumoreada candidatura de la expresidenta a la jefatura del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la ONU se concretó.

1.2. Actualidad y futuro: la administración del presidente Piñera y la justicia transicional

El Programa de Gobierno del entonces candidato, hoy presidente, Sebastián Piñera, denominado “Construyamos tiempos mejores para Chile”, habla, sin entrar en detalles, de “potenciar” la recientemente creada Subsecretaría de DDHH, “poner en marcha” el Plan Nacional de DDHH, e introducir un primer “Plan Nacional de Acción de derechos humanos y empresa”. Si bien no hace alusión directa alguna al tema de la dictadura y su legado, ni a los derechos de víctimas, familiares y sobrevivientes, se mencionan dos propuestas que afectarían al trato de criminales de lesa humanidad. La primera viene en el capítulo VI, en un apartado denominado “Justicia y derechos humanos”, donde se señala como objetivo la “homologación de las garantías procesales del antiguo y el nuevo sistema procesal penal”. En los hechos, las causas por crímenes de lesa humanidad son el principal tema que el antiguo sistema atiende. En tiempos recientes, numerosos criminales de lesa humanidad han emprendido una ofensiva aparentemente coordinada cuestionando, justamente, las garantías ofrecidas por dicho sistema (ver *inter alia* sección sobre el Tribunal Constitucional, a continuación). El programa señala, además, la intención de propiciar, por “razones humanitarias y de dignidad”, el cumplimiento alternativo (en domicilio) de penas afflictivas por personas de edad avanzada, o con enfermedades terminales graves. Esta propuesta hace eco de recientes reclamos por familiares y abogados defensores de criminales de lesa humanidad, quienes han exigido la sustitución o rebaja de penas, o incluso la concesión de indulto, por razones de edad o enfermedad. La propuesta cobra especial relevancia en el contexto de las múltiples concesiones de libertad condicional iniciadas en julio de 2018, hecho que subrayó la urgente necesidad de reformar al decimonónico régimen de libertad condicional actualmente vigente.

En términos de hechos concretos, trascendió que uno de los primeros actos del presidente Piñera había sido la concesión, en abril, de un indulto por gracia a uno de los presos de Punta Peuco. A poco andar, también se modificó el sistema de concesión de esta figura excepcional, para hacerlo más expedito (ver sección 1.3). En tanto, diversos nombramientos del gobierno entrante causaron consternación por su simbolismo negativo en el ámbito de la memoria histórica. Entre ellos figuraba el nombramiento, anunciado el 26 de febrero de 2018, de Jorge Ulloa a la intendencia de la región del Bío Bío. Amigo cercano

del ex jefe de la DINA y difunto criminal de lesa humanidad Manuel Contreras, el diputado negacionista ha insistido siempre que los centenares de criminales de lesa humanidad condenados por los tribunales chilenos son inocentes de delito alguno. La designación en la cartera de Justicia de Hernán Larraín también provocó reparos en algunos sectores, siendo considerado como cercano en su tiempo a jefes de la ex Colonia Dignidad. Sin duda el nombramiento que menos duró, pero que mayor revuelo ocasionó, fue el de Mauricio Rojas como ministro de Cultura. Rojas alcanzó a estar apenas un fin de semana en el puesto, debido a la circulación de escritos suyos de los años 2015 y 2016 tildando al Museo de la Memoria y los DDHH de ser un “montaje” o un “uso desvergonzado y mentiroso de una tragedia nacional”. Si bien Rojas intentó aseverar que lo escrito antaño no reflejaba su pensamiento actual, nunca se retractó explícitamente de sus dichos, ni explicó la evidente contradicción producida al sostener que, a pesar de ellos, jamás habría desestimado ni relativizado violaciones a los DDHH. A primeras horas del 13 de agosto de 2018, Rojas renunció, ante una enérgica campaña en que figuraban personajes del mundo cultural, tales como el poeta Raúl Zurita, llamando a restarse de colaborar con el nuevo ministro o su institución. El episodio hace revivir tanto el debate sobre si se necesita fijar o normar los parámetros de lo que es aceptable, y no, decir y negar en el ámbito público, como el interrogante sobre los criterios morales y políticos que se deben aplicar al momento de considerar nombramientos a puestos de importancia en la vida nacional. El cuestionamiento luego se extendió al actual canciller, Roberto Ampuero, quien participó en el mismo libro que contenía las polémicas frases de Rojas, también emitiendo críticas injuriosas contra el relato del Museo. Dicho relato está basado en el contenido del Informe Rettig, una Comisión de la Verdad oficial, por tanto, realizada y avalada por el mismo Estado que el actual canciller ahora representa en funciones internacionales. Las reacciones del presidente ante la polémica incluyeron el anuncio de una propuesta de “museo de la democracia”, noción que encontró una recepción bastante tibia o abiertamente negativa. La bancada Demócrata Cristiana, en tanto, evaluaba cortar relaciones con el sector oficialista producto de su desconformidad con el nombramiento a la subsecretaría de Redes Asistenciales del médico Luis Castillo Fuenzalida, sindicado como eventual implicado en un encubrimiento del informe de autopsia del expresidente Eduardo Frei Montalva. En esa clave fue leído el anuncio, el 18 de octubre de 2018, de que el presidente Piñera había firmado personalmente una solicitud pidiendo al Tribunal Constitucional que rechace un requerimiento de inaplicabilidad presentado en ese mismo caso, investigado hoy como un caso de ejecución política, por la defensa de otro médico involucrado.

Otros episodios que provocan reflexiones sobre el continuismo cuyos peligros el relator de la ONU advertía, y/o sobre torpeza o sordera de parte de las nuevas autoridades en relación a la importancia de lo simbólico y gestual, incluyen el brevísimo nuevo “Consejo Nacional de Inteligencia” (CNI). La instancia, anunciada el 19 de julio, tuvo que ser rebautizada apenas un día más tarde, debido a la coincidencia de su sigla con la que fue utilizada por el notorio aparato represivo dictatorial, la Central Nacional de Informaciones. El incidente fue tomado por más de alguno como prueba fehaciente de la existencia del inconsciente.³¹ Con todo, se nota un presidente Piñera notablemente distante del de su primera presidencia (2010-2014), en que mandó señales de querer dejar atrás la derecha inaceptable que aún reivindica su pasado violentista, un sector tachado por diversos comentaristas –apropiándose de la frase célebre de Mario Vargas Llosa– como “la derecha cavernaria”. En palabras de un comentarista, en este segundo mandato se han visto, más bien, señales de un “Piñera (que) borra con el codo su legado en DDHH”.³² Se divisa un posible deseo de enfatizar temáticas ‘nuevas’ en relación a derechos humanos,³³ sin entender que en el plano internacional es muy difícil que la reputación de Chile en materia de DDHH no incluya una evaluación crítica de la sinceridad y plenitud con que se ha hecho –o no– cargo del legado del terrorismo de Estado.

1.3. Penas proporcionales: indultos, el Tribunal Constitucional, y el ‘Supremazo’

Durante el periodo también se suscitó discusión respecto del cumplimiento de sentencias por crímenes de lesa humanidad. Primero, la práctica, analizada en *Informes* 2016 y 2017, de presentar recursos espurios ante el Tribunal Constitucional, redundó incluso en la paralización de la ejecución de una sentencia ratificada por la Corte Suprema. Segundo, y en una acción sin duda más polémica, una renovada Sala Penal de la CSJ empezó a revertir masivamente denegaciones del beneficio de libertad condicional, contrariando el parecer de las autoridades carcelarias para soltar a cinco criminales de lesa humanidad en el transcurso de apenas unos días. Ambos hechos son tratados en mayor profundidad más adelante en este *Informe*.

31 El Mostrador.cl: “CNI: un análisis psicológico al Consejo Nacional de Des-Inteligencia”, columna de German Morales y Alejandro Reinoso, 2 de agosto de 2018.

32 El Mostrador.cl: “¿Qué pasó con los ‘cómplices pasivos’?”, columna de Hernán Leighton, 10 de agosto de 2018.

33 Ejemplificado, *inter alia*, en un gran despliegue de funcionarios del Estado asistiendo al más reciente rendimiento de Chile de su sexto informe ante el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés), ocurrido en Ginebra, Suiza, a fines de julio de 2018; y la convocación de lo que fue denominado el ‘primer’ seminario internacional sobre los DDHH organizado por el Estado de Chile, en septiembre del 2018, para conmemorar los 70 años de la Declaración Universal de los DDHH.

En lo concerniente a indultos, Manuel Guerrero, hijo de una de las víctimas, del mismo nombre, en el caso de los tres profesionales comunistas asesinados en 1985, respondió en diciembre de 2017 al entonces diputado José Antonio Kast respecto de su calificación de los indultos como “un ejemplo de cómo avanzar en justicia y no venganza”.³⁴ Guerrero observó que: “[v]enganza sería secuestrar a los asesinos de mi padre, torturarlos y degollarlos”. El comentario fue provocado por el perdón concedido por el entonces presidente de Perú, Pedro Pablo Kuczynski, al ex autócrata Alberto Fujimori, quien cumplía 25 años de prisión, por desapariciones, homicidios, tráfico y corrupción, luego de haber sido extraditado desde Chile. El indulto fue ampliamente criticado por organismos internacionales y agrupaciones nacionales, señalando que rompía incluso con una clara prohibición en el ordenamiento interno peruano de indultar a homicidas.³⁵ Kast, no obstante, tuiteó que “un anciano de 80 años no merece morir en la cárcel”, vinculando el comentario a su propuesta de indultar también a los exmilitares chilenos presos en Punta Peuco. Si bien las señales discursivas de la nueva administración de Piñera fueron inicialmente contrarias a aquella pretensión, al acentuar el carácter de excepcional de los indultos presidenciales³⁶ trascendió hacia mediados de año que una solicitud hecha apenas asumido el nuevo gobierno (11 de marzo de 2018), a favor de un reo de Punta Peuco, había sido concedida en abril. Se indultó al ex coronel René Cardemil, condenado a 10 años en el denominado *caso Torres de San Borja*, en que seis personas fueron secuestradas de sus viviendas a altas horas de la noche, llevadas a un sitio aislado, y fusiladas. Apenas días antes de la concesión, Cardemil grabó un video mostrándose completamente sin arrepentimiento, fustigando a los “salvajes de la U(nidad) P(opular)”, a quienes culpaba de su reclusión.

El procedimiento normal para la concesión de un indulto presidencial requiere la venia de la Contraloría General de la República, CGR, cuyo mandato es controlar la legalidad de los actos de la administración. La CGR debe ser notificada (“tomar razón”) de determinadas clases de decretos y resoluciones, entre ellas, el indulto por gracia.³⁷ Si bien la CGR no objetó el decreto a favor de Cardemil, el lapso de tiempo necesario para realizar el procedimiento de toma de razón, fue

34 El Dinamo.cl: “Manuel Guerrero a Kast (...)”, 27 de diciembre de 2017.

35 Ilegalidad manifiesta que fue finalmente reconocida por la misma Corte Suprema del Perú, que anuló la viciada concesión, a principios de octubre de 2018.

36 Existen dos tipos de indulto: indultos generales, otorgados solamente por ley de quorum calificado y en favor de determinada clase de personas; e indultos particulares o de gracia, otorgables por decreto presidencial, según artículo 32 N° 14 de la Constitución Política. Se trata aquí del segundo tipo.

37 Según Ley 18.050 de 1981, y su Reglamento.

lo que impidió que el indulto surtiera efecto antes del fallecimiento del beneficiado. Al mes siguiente, el 11 de mayo, la Contraloría General de la República dictó la Resolución N° 13, eximiendo temporalmente del trámite de toma de razón “los Actos Administrativos que conceden indultos, por el periodo 15 de mayo de 2018 hasta el 15 de mayo de 2019”. Ello permite que cualquier indulto de gracia concedido durante el lapso señalado sea hecho efectivo sin este control de legalidad, y por ende, sin demora. El levantamiento del control es además renovable, una vez vencido su plazo actual. Si bien la acción está dentro del marco de la ley existente, es evidente que crea condiciones que podrían ser abusadas para propagar la impunidad.³⁸ La Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP, presentó una solicitud de reconsideración de la resolución, objetando que no diferencia entre delitos comunes y crímenes de lesa humanidad.

1.4. Derechos de las y los sobrevivientes: una historia sin fin

Hemos observado en *Informes* anteriores el escandaloso abandono de parte del Estado chileno de sus deberes legales y morales en relación a las decenas de miles de sobrevivientes del terrorismo de Estado, sean estos reconocidos o no por los diversos programas de reparación y/o comisiones de la verdad realizados desde 1990. Dicho abandono incluye, pero no se limita a, la continua negativa del Estado de ampliar hacia los crímenes de lesa humanidad cometidos contra sobrevivientes la atención jurídica brindada por la ahora Unidad Programa de DDHH. También es ejemplificado en la continuidad de la práctica del Consejo de Defensa del Estado, ampliamente criticada en *Informes* anteriores, de comparecer ante los tribunales en el contexto de demandas civiles para minimizar o denegar la responsabilidad estatal, argumentando, *inter alia*, que los sobrevivientes han sido plenamente reparados, ya sea por programas administrativos y/o por la existencia misma de la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de la Justicia y los DDHH. Ello a pesar de que, como ya hemos observado, en los hechos las y los sobrevivientes no cuentan con los servicios jurídicos ofrecidos por dicha Unidad. El mismo incumplimiento es constatado también en una carta de 11 páginas, enviada desde la oficina regional del Alto Comisionado de la ONU en DDHH a la entonces Presidenta de la República a fines de septiembre de 2017. La carta expresa preocupación por el poco o nulo avance en los acuerdos plasmados por la Mesa de Alto Nivel que reunía agrupaciones de ex presos políticos con las autoridades, instancia que celebró su última reunión el 17 de

38 En atención a la proliferación de actos administrativos en el Estado, la Ley Orgánica de la Contraloría, Ley 10.336, permite eximir de toma de razón a ciertos trámites (Art. 10 N° 5). En 2008, la Contraloría dictó Resolución N° 1600, facultando la exención donde ella permitiría mayor eficiencia, eficacia y ahorro de recursos.

diciembre de 2015. El texto hace mención de numerosas expresiones de preocupación vertidas desde 2009, por altas instancias del sistema universal de DDHH, por deberes pendientes en las mismas materias.³⁹ El 4 de marzo del 2018 el Comando Unitario de ex Prisioneros Políticos y Familiares presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de DDHH, argumentando el incumplimiento de parte del Estado de sus obligaciones, bajo el Pacto de San José, de investigar, enjuiciar y sancionar la práctica sistemática de la tortura durante la dictadura. Se denunció, asimismo, el secreto de 50 años que aún pesa sobre los archivos de la Comisión Valech, criticado también por varias de las instancias internacionales ya mencionadas.

Salvo honrosas excepciones, como la que a continuación se relata en relación al Servicio de Registro Civil, el periodo del presente *Informe* ha manifestado incluso la profundización de dicho abandono. En reuniones y discusiones informales con varios miembros y dirigentes de organizaciones que agrupan sobrevivientes, se nos señala que sus preocupaciones siguen siendo los mismos diez puntos del petitorio, pendientes desde 2015. Estos incluyen la necesidad imperante de un proceso de calificación permanente; la facilitación de parte del Estado de información –*inter alia*, de los archivos Valech– esencial para hacer realidad el derecho de acceder a la justicia; y una pensión decente, que responde a la situación de aquellos ex presos políticos y sobrevivientes que viven en condiciones de precariedad y pobreza. El petitorio, junto con antecedentes exhaustivos en relación a la Mesa, sus actas, y las promesas que ellos contenían, fueron presentados a las nuevas autoridades de la Subsecretaría de DDHH por el Comando Unitario de ex Presos Políticos a fines de mayo de 2018, y reiterados en junio por la Asociación de Ex Presos Políticos Salvador Allende. Una reunión solicitada para conocer la respuesta oficial fue celebrada recién el 16 de octubre de 2018, ocasión en que, según reportan las y los representantes de ex presos políticos, se les señaló que ninguno de los 10 puntos –incluyendo la apertura de una instancia de calificación permanente– figuraba en la agenda del gobierno, salvo “mejoras” (no explicitadas) a pensiones y al funcionamiento del PRAIS, más la oferta de charlas informativas a dirigentes sobre los programas existentes en subsidio a vivienda.⁴⁰

En lo que concierne a la interpelación realizada el 6 de junio de 2018 al ministro de Justicia y DD.HH. Hernán Larraín, por el retiro por parte del gobierno del proyecto ley “Aporte Único Reparatorio para Sobrevivientes de Prisión Política y Tortura”, existe un sentir entre

39 Carta de conocimiento público, fechada el 29 de septiembre de 2017 y firmada por Amerigo Incalcaterra, a la sazón, representante regional para América del Sur del Alto Comisionado de la ONU para los DDHH. Copia archivada con el Observatorio.

40 Declaración de la Mesa Nacional Unitaria, 16 de octubre de 2018, copia archivada con el Observatorio.

algunos sobrevivientes de que si bien la acción, impulsada por la diputada Carmen Hertz, habría puesto el tema brevemente en la mira de la prensa, no se ha percibido un efecto duradero en hacerlo presente en la agenda pública.⁴¹ La interpelación fue motivada por el retiro oficialista, efectuado el 19 de abril, del proyecto ley que pretendía asignar un bono de \$3 millones a cada sobreviviente reconocidos por el Informe Valech. Se adujo como motivo del retiro, que los recursos necesarios no habrían sido considerados en la Ley de Presupuesto, versión que ha sido puesta en duda por personas cercanas a la iniciativa. El retiro dio pie además a un incidente grave de negacionismo y ofensa hacia sobrevivientes, cuando durante el correspondiente debate en la Cámara legislativa, el diputado oficialista Ignacio Urrutia trató de “terroristas” a exiliados y calificó de “regalitos” y “aguinaldos” los derechos que ejercen, o bien debieran ejercer, tanto las y los exiliadas/os, como las y los sobrevivientes. Urrutia fue encarado inmediatamente por la diputada del Frente Amplio, Pamela Jiles, acción que le valió una sanción cuando el incidente fue examinado, más tarde, por la Comisión de Ética de la Cámara.⁴² Las repercusiones incluían, además, una solicitud de desafuero contra Urrutia, presentada por agrupaciones de derechos humanos y acogida por el Pleno de la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 18 de junio.⁴³

A la vez que la respuesta a las necesidades y derechos de categorías de víctima y sobreviviente ya reconocidas sigue siendo deficiente, la formación de nuevas instancias de la sociedad civil, como por ejemplo una agrupación de hijas e hijos del exilio, hace cada vez más evidente el legado vivo del daño causado por los crímenes del Estado en el tejido social en general, daño que no se desvanece con el mero paso del tiempo. La nueva Subsecretaría de DDHH –la misma que fue señalada, por la administración saliente, como quien resolvería los diez puntos acordados por la Mesa de 2015– nos indicó en agosto de 2018 que la Subsecretaría “no cuenta con el mandato legal para atender a las

41 Fuente: conversaciones grupales y entrevistas con integrantes de diversas agrupaciones regionales y nacionales de ex presos políticos y/o sobrevivientes de tortura. Las opiniones vertidas no representaban vocerías oficiales de los grupos respectivos.

42 En agosto de 2018, la Comisión determinó multar a la diputada en 0,2% de su dieta parlamentaria, considerada una sanción casi simbólica. En tanto a Urrutia ya le había sido impuesto, en julio, el nivel más severo de sanción con que cuenta la Comisión, consistente en una moción de censura, además de una multa de 7% de su dieta parlamentaria.

43 En voto dividido, la Corte señaló que “se habría imputado a los querellantes la calidad de “terroristas” –lo que constituye un delito sancionado por la ley N°18.31– además [de alegar], que abusarían de su calidad de víctimas (...) para obtener reiteradas e injustificadas regalías del Estado, lo que implica necesariamente un descrédito y menosprecio grave”. Consideró que “los dichos del aforado, por no ser atinentes a la materia y por su finalidad de injuriar, no pueden ser considerados una opinión política propia de su actividad”.

víctimas de prisión política”.⁴⁴ Al insistir sobre el punto, se nos informó más bien que, aunque la Unidad Programa de DDHH (no así, la Subsecretaría *per se*) esta constreñido por un mandato que limita su actuar jurídico a desaparición forzada o ejecución política, el área social de dicha Unidad sí puede y debe prestar apoyo y asesoría en reparación a toda clase de familiar y sobreviviente. Además, se nos informó que “[se] está coordinando la evaluación de una propuesta de reparación” holista, que “no solo responde a criterio económico sino más bien a un trabajo integral... haciendo especial énfasis en materias de memoria y garantías de no repetición”. Se hizo mención específica del reforzamiento del PRAIS, en el marco del Plan Nacional de DDHH.⁴⁵

Desde la óptica de los deberes estatales relativos a crímenes reconocidos en el derecho internacional como graves violaciones, la continua exclusión de la tortura del mandato de la única instancia estatal, fuera del Poder Judicial, que impulsa activamente el cumplimiento de la obligación estatal de perseguir penalmente a dichas violaciones es injustificable, y sin duda representa un incumplimiento. Así lo ha señalado la Corte IDH, *inter alia*, en el fallo *García Lucero versus Chile*. La denuncia realizada a fines de marzo desde la Subsecretaría de DDHH constituye una iniciativa insuficiente, por las razones mencionadas, siendo que no crea espacio para que una entidad estatal se haga parte en la causa e impulse activamente la investigación. Las causas actualmente en curso por tortura sobrevivida, deben su existencia a iniciativas de las y los mismos sobrevivientes, o a veces, al actuar *de oficio* de ministras y ministros en visita. La realización, en enero de 2018, de un careo de duración total tres horas, entre una sobreviviente de Villa Grimaldi y el notorio torturador Miguel Krassnoff, refuerza además preocupaciones sobre la forma en que se investiga este delito. Al proceder caso por caso, se hace necesario que cada causa cuente con una o más víctimas sobrevivientes dispuestas y capaces de enfrentarse una y otra vez con sus torturadores. Así se arriesga ocasionar estrés innecesario, e incluso infligir nuevos daños. La práctica del careo ha sido discontinuada por varios de las y los ministros que investigan causas de DDHH, por estas mismas consideraciones, así como en atención a sus deficiencias como método investigativo. El Servicio Médico Legal, SML, ha impulsado mejoras en la forma de atender a las y los sobrevivientes que aceptan participar en procedimientos de constatación de lesiones, en el transcurso de estas investigaciones. No obstante, integrantes y dirigentes de agrupaciones de ex presos políticos nos

44 Correo electrónico desde la Subsecretaría de DDHH al Observatorio de Justicia Transicional, 8 de agosto de 2018.

45 Correspondencia electrónica enviada desde la Subsecretaría de DDHH al Observatorio de Justicia Transicional, 27 de agosto de 2018.

siguen manifestando experiencias negativas entre quienes deben acudir al SML, y/o a entrevistas con la Policía de Investigaciones. Comentan que aún afloran preguntas, comentarios, o actitudes experimentados como intrusos, o derechamente inapropiados. Estimamos que es posible y necesario concebir nuevas formas de investigar el crimen estatal de ordenar y practicar la tortura en forma sistemática y extensiva, de modo que se investigue a torturadores, y no a torturados. También es necesario ahondar en la plena comprensión de la gravedad y complejidad de los crímenes cometidos durante y como consecuencia de la tortura. En la ausencia de un ente fiscal que, como en otros países, asume el deber de desarrollar nuevas figuras jurídicas en responsabilidades por crímenes atroces, nuevamente el desafío recae sobre las y los sobrevivientes. En tiempos recientes, ellas y ellos han obligado al sistema judicial a un mayor reconocimiento de la violencia sexual como forma de tortura. En julio de 2018 se abrió otro frente nuevo, cuando Haydee Oberreuter interpuso una querrela por aborto forzado contra los tres agentes que provocaron la pérdida de su hijo, a los seis meses de gestación. La querrela también comprende asociación ilícita y otros cargos que no fueron formulados en la primera acción criminal ejercida contra los tres, que tuvo como resultado solamente penas no afflictivas.

El tema de la tortura en Chile también fue puesto en la mira durante el periodo del presente *Informe* por el rendimiento, de parte del Estado, de su sexto informe periódico ante el Comité de la ONU contra la Tortura, en su calidad de Estado suscrito al tratado internacional respectivo. A Lorena Recabarren, la actual subsecretaria de DDHH, le correspondió, a fines de julio de 2018, comentar y responder por un Informe preparado por la administración anterior, siendo que el documento oficial fue presentado en febrero de 2017, junto con informes alternativos de la sociedad civil. En su discurso inaugural en Ginebra la Subsecretaria hizo énfasis en desafíos recientes y actuales en la materia. Hubo una sola mención específica de tortura cometida en el contexto de la dictadura. Ver sección 3.1.

1.5. Desaparición forzada

En el *Informe* 2017 reportamos el historial reciente de esfuerzos para agilizar la respuesta del Estado en materia de búsqueda e identificación de las más de mil personas que siguen en calidad de detenidos-desaparecidos, a pesar de que, en algunos casos, ya se han resuelto causas judiciales por secuestro contra los agentes responsables. Durante el periodo del presente *Informe*, se ha producido una sensación de estancamiento respecto de estos esfuerzos. Si bien el trabajo de la Unidad Especial de Identificación Forense (UEIF) del Servicio Médico Legal (SML) ha continuado (ver sección 3.6.2), se ha tornado menos visible desde el retiro, y posterior fallecimiento, del médico Doctor Patricio Bustos, el

exdirector del SML más cercanamente asociado con la reorganización y promoción de esta labor. En el presupuesto asignado al Servicio para 2018, el ítem para actividades de investigación, que incluye los costos asociados al envío de muestras de ADN a laboratorios externos, sufrió además una merma considerable, haciendo necesaria la intervención de la Subsecretaría de DDHH para evitar consecuencias negativas en trabajos de identificación. Los loables esfuerzos de la Unidad para instalar una mesa interinstitucional que sesiona en apoyo de las labores judiciales, también han estado en una época de pausa, debida a varias ausencias temporales de personas claves, además de la falta de respuesta desde los directores de los respectivos servicios. Estos deben ratificar un protocolo de actuación, producido por la mesa, y sometido a cada servicio en 2017 para su aprobación. A principios de octubre de 2018, en el marco de la visita del eminente antropólogo forense argentino Morris Tidball-Binz, actual consultor al Comité Internacional de la Cruz Roja en materia de personas desaparecidas, la UEIF organizó un evento público presentando un balance de sus labores, en presencia del actual Director Nacional del SML, el médico Doctor Gabriel Zamora. En la ocasión, el Doctor Tidball-Binz, junto con dedicar sus palabras a la memoria del fallecido Doctor Bustos, enfatizó en que el trabajo de la Unidad y, en general, la trayectoria de Chile en materia de búsqueda, son mirados con mucha detención y atención en el ámbito internacional. Es de esperar entonces, que la ocasión sea el inicio de un nuevo impulso para valorar la labor de la Unidad y hacer revivir la instancia de coordinación permanente con otras instituciones claves.

En tanto, el Grupo de Trabajo de la ONU contra Desapariciones Forzadas e Involuntarias, respondiendo a un informe de supuestos avances entregado por el Estado de Chile en agosto de 2017, señaló ante el Consejo de DDHH de la ONU su preocupación sobre el hecho de que el Decreto Ley de Amnistía de 1978 sigue vigente, mientras que diversas otras iniciativas legislativas prometidas –entre ellas, la tipificación del delito de desaparición forzada y la introducción de un Plan Nacional– aún no se materializan.⁴⁶ Volvió a plantear la necesidad de acciones simbólicas más claras por parte de las autoridades estatales, tales como visitas a sitios de memoria y esfuerzos de sensibilización hacia la población en general. Personas cercanas al Grupo de Trabajo y Comité de la ONU también expresaron preocupación a título personal respecto de los sucesos en materia de concesión de libertades condicionales, en julio de 2018, en particular, atendiendo al trato más

46 El proyecto de ley, Boletín 9818-17, introducido a fines de 2014 para tipificar el delito de desaparición forzada, no reporta hitos nuevos en su tramitación desde agosto de 2017, cuando pasó a la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado. No cuenta con urgencia legislativa.

benévolo que se extendió a perpetradores de secuestro (desaparición) en comparación con perpetradores de homicidio (ver sección 3.2.6). En relación al trabajo del área de la Unidad Programa de DDHH encargada específicamente de la situación de búsqueda, entendemos que se sigue trabajando hacia la formulación de un plan nacional específico, si bien se ha diluido el énfasis participativo que en un principio se quiso dar a este proceso. Sigue pendiente un registro público, único, y actualizado de cuántos y quiénes son, exactamente, las y los detenidos/as-desaparecidos/as que el Estado reconoce, y cuántos y cuáles de ellos, han sido hallados, identificados y/o restituidos a sus familiares, información que la Convención regional respectiva compromete a sus Estados partes a proveer (ver *Informe 2017*). Con todo, persiste la sensación de que estamos a años luz de una situación como la argentina, en que se ha logrado hacer de la búsqueda de las y los desaparecidos, una tarea nacional y transversal. Las llamadas públicas a proveer información y/o ofrecer muestras de referencia para facilitar identificación circulan allí en todos los espacios públicos y publicitarios, inclusive en actos culturales y deportivos de asistencia masiva.

En el caso de José Vergara, uno de tres casos reconocidos de desaparición perpetrada por agentes estatales chilenos desde 1990, los cuatro excarabineros responsables fueron condenados, el 24 de septiembre de 2018, por secuestro simple. La familia del joven, quien se encontraba en un estado de descompensación por problemas de salud mental cuando fue sustraído de su hogar por los agentes en 2015, criticó la recalificación del delito desde secuestro calificado a simple, porque introduce la posibilidad de que las penas finales sean no afflictivas. En febrero de 2018 se anunció que el ministro en visita Mario Carroza investigará denuncias sobre adopciones irregulares, realizadas durante el periodo de la dictadura. Si bien no se conocen aún en Chile casos en que bebés de madres detenidas-desaparecidas hayan sido víctimas de apropiación, al parecer sí operaban redes de ‘adopción’, en que algunos personajes de la Iglesia Católica estarían implicados. Se presionaba o engañaba a mujeres de pocos recursos, para que sus bebés recién nacidos fueron dados o vendidos en adopción, a veces al extranjero. El mismo ministro realizó, también durante el verano de 2018, una inspección ocular en la ex Colonia Dignidad, en el marco de una querrela presentada por la AFDD de Talca. En mayo de 2018 se reportó la detección de un lugar donde se cree eran incinerados, con kerosene y napalm, restos de personas detenidas-desaparecidas. Los restos habrían sido removidos posteriormente del lugar por los colonos alemanes, en un intento para obliterar todo rastro de sus crímenes.

En el ámbito de la sociedad civil, una noticia trascendida en junio de 2018 respecto de restos óseos, que habrían sido periciados en tiempos anteriores como no-humanos, aún almacenados en la sede de

la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, AFDD, de Santiago, tensionó relaciones entre distintos grupos y activistas. La presencia del material fue notificada al ministro en visita Mario Carroza, y se entiende, entre versiones y reportes de prensa confusos y contradictorios, que ello terminó en la custodia física del SML. Hacia fines del periodo, se comentaban posibles acercamientos desde empresas privadas externas a algunas agrupaciones e individuos, ofreciendo servicios técnicos relacionados con pericias y ADN. Si bien es entendible que, ante la lentitud e incertidumbre de respuestas oficiales, la sociedad civil tome acciones autónomas, similares dinámicas en México y otros contextos han producido dificultades a largo plazo, relacionadas con la propiedad y custodia del material y los resultados producidos. El hecho no hace más que enfatizar nuevamente lo urgente e importante de una respuesta oficial holista, confiable, y satisfactoria ante un crimen cuya perpetración, en Chile, fue y sigue siendo responsabilidad exclusiva del mismo Estado.

2. VERDAD

En abril de 2018, un dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU estableció que el Estado chileno atentó contra el derecho a la libre expresión cuando, en 2013, Carabineros censuró la manifestación artística “Puentes de la memoria”, organizada por el sitio de memorias Londres 38. Otros hitos llamativos del periodo en relación al derecho / deber de la verdad –un derecho que el sistema interamericano de DDHH ha establecido debe ser comprendido como social; sin limitarse, por tanto, a dar respuestas aisladas a familiares y sobrevivientes– incluyen un creciente uso del derecho para fines no-penales, *inter alia* para buscar acceso a antecedentes oficiales secretos. Estos esfuerzos no siempre prosperan: la respuesta entregada en relación a uno de ellos parece establecer la ausencia completa de supervisión respecto de determinaciones que el Consejo de Seguridad Nacional haga sobre la clasificación de materiales como secretos (ver sección 2.3). Esta y otra respuesta emanada de los tribunales, además, trataron al repudio social de crímenes y criminales de lesa humanidad, expresado en movilización ciudadana, como un potencial peligro, que justificaría, según su lógica, mayores niveles de secretismo (ver sección 2.2). También se percibió una tendencia visible a que candidatos a cargos públicos derechamente faltasen a la verdad, intentando poner en duda incluso la existencia empírica de algunos o todos los aberrantes crímenes cometidos durante la dictadura y, por consiguiente, la validez de los pronunciamientos de los tribunales.

La falta de suministro proactivo desde el Estado de información completa y confiable sobre el estatus de cumplimiento de su deber de

procurar justicia por crímenes atroces, fue parcialmente subsanada en relación a causas terminadas, con la publicación de parte del Poder Judicial de sentencias y otros datos sobre causas falladas entre 2002 y mediados de 2018.⁴⁷ No obstante, la continua ausencia de una fuente confiable, única, directa, y de permanente actualización, que permita saber cuántas y cuáles causas se encuentran aún en tramitación; además de cuántas/os y cuáles son las y los condenados que han sido efectivamente encarcelados, se hizo cada vez más notable. La provisión de este tipo de información –que en su momento era publicada por el entonces Programa de DDHH, y en Argentina es publicitado proactivamente por el Ministerio Público– debe considerarse parte del derecho a la verdad. Constituye, además, una condición necesaria para permitir a la sociedad civil monitorear el efectivo cumplimiento del deber estatal de proveer justicia. También es información esencial para alimentar un debate público informado, sobre el cumplimiento íntegro de penas o bien la conveniencia o no, de la concesión de penas alternativas a criminales de lesa humanidad. Si bien se nos señaló, desde la Subsecretaría de DDHH, la intención de reiniciar la publicación periódica de información sobre causas actualmente llevadas por la Unidad Programa de DDHH, aparentemente no se contempla presentar información sobre la situación procesal de cada agente (dato que antes sí se publicaba). En el año del décimo aniversario de la introducción del Consejo para la Transparencia (CPLT), y en que se ha anunciado nueva legislación en pro de la transparencia, sería apto dedicar atención a este aspecto del derecho a la verdad y la justicia.

2.1. ‘Secreto Valech’ se mantiene

El 6 de septiembre de 2017 la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó una decisión del CPLT, que denegó acceso a bases de datos producidas por el trabajo interno de las comisiones Valech I y Valech II. La decisión fue emitida en respuesta a una invocación de la Ley de Transparencia. En fallo unánime (Rol 791-2017), la Duodécima Sala ratificó la negativa del CPLT (ver *Informe* 2017, y boletines anteriores). La Corte sopesó por separado la ‘ley de secreto’ y la ley de ‘reserva’ que afecta a uno y al otro acervo: respecto de Valech I, según el fallo: “cabe tener presente que el artículo 15 de la ley 19.992, que tiene el carácter de ley de quórum calificado (...) establece expresamente el secreto de los documentos, testimonios y antecedentes (...) por el plazo de 50 años (...). Atendido lo anterior, sin lugar a dudas nos encontramos en la excepción a la publicidad contemplada en el artículo 21 N°5 de la Ley 20.285, por lo que el Consejo de la

47 Como parte del programa Memoria Histórica del Poder Judicial, ver <http://mhd.pjud.cl/> y sección 3.2.1.

Transparencia, se ajustó estrictamente a derecho cuando rechazó la solicitud”. Respecto de los antecedentes de ‘Valech II’, de 2011, la Corte estimó más bien que su divulgación violaría el derecho a la privacidad de sobrevivientes: “si bien (...) no existe norma expresa que otorgue dicha reserva, esta se encuentra amparada por la excepción del artículo 21 N°2 de la ley 20.285, pues sin lugar a dudas su publicidad, comunicación o conocimiento afecta el derecho de las personas (...) víctimas de represión política”.

En ambos casos, el activismo y presión de sobrevivientes y otros sí han logrado establecer excepciones parciales o completas en relación a las ‘carpetas’, entendido como los antecedentes que fueron entregados directamente por personas testimoniantes, para respaldar su derecho a ser calificadas. Estas hoy pueden ser requeridas por sus mismos titulares, tanto en relación a Valech I como a Valech II, independiente de si la persona que dio su testimonio fue finalmente calificada o no. Las y los titulares han empezado a requerir acceso a sus datos como un primer paso para iniciar una demanda civil, y/o una querrela criminal. No obstante, tenemos entendido que las copias entregadas a particulares tachan información que permitiría la identificación de terceras personas, tanto otros sobrevivientes o testigos, como también posibles perpetradores, algo que socava la utilidad jurídica del contenido. En relación a acceso judicial directo, copias de ‘carpetas Valech I’ – consideradas sujetas al más riguroso régimen de ‘secreto’– solamente pueden ser facilitadas a la justicia en forma indirecta, a través de sus mismos titulares; mientras que carpetas ‘Valech II’ pueden ser compartidas directamente por el INDH con los tribunales, ante el requerimiento expreso de estos, para investigar tortura y otros delitos. A la fecha del 31 de mayo de 2018, el INDH, quien custodia los archivos, reportaba haber compartido el contenido de un total de 696 carpetas con sus respectivos titulares, mientras que unas 958 ‘carpetas Valech II’ habrían sido suministradas a tribunales en respuesta a oficios. No obstante, la petición ahora denegada buscaba establecer un principio de publicidad y accesibilidad adicional, aplicable a la información generada durante el proceso de sistematizar y corroborar datos entregados por testimoniantes. La petición fue protagonizada por Haydee Oberreuter, una expresa política sobreviviente quien también realizó, durante el mes de octubre de 2017, representaciones ante la Comisión Interamericana de DDHH al respecto. A pocos días del fallo de la Corte de Apelaciones, durante la ceremonia oficial conmemorativa del golpe de Estado, la entonces presidenta de la República anunció que se pondría “discusión inmediata” a un nuevo proyecto de ley, supuestamente consensuado, que permitiría compartir carpetas ‘Valech I’ con los tribunales (sin hacerlas accesibles al público). La Comisión de DDHH del Senado dio acogida a la iniciativa del proyecto ley,

siempre que se garantizara mantener en reserva la identidad de personas que no han consentido ser parte de los procesos judiciales. No obstante, no se reporta, a fines del periodo de este *Informe*, avances o novedades en la materia.

2.2. Denegación de información pública sobre exintegrantes de DINA y CNI aún enlistados en las Fuerzas Armadas

El 24 de julio de 2017, la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó al Ejército informar sobre oficiales ascendidos al grado de general entre 2002 y 2016, que antes formaron parte de la DINA o CNI (Rol 13.356-2016). No obstante, el 15 de marzo de 2018 la Sala Constitucional de la Corte Suprema revirtió la orden. Acogió la posición de las FFAA, apoyada por el Consejo de Defensa del Estado, de que la información debe ser secreta por si provocara manifestaciones ciudadanas en contra de los exagentes. Al hacerlo, aceptó el argumento de que el repudio social a crímenes y criminales de lesa humanidad, expresado en actividades tales como las “FUNAS”, es motivo suficiente como para permitir a ex agentes seguir ocultando sus identidades: “[L]os cuestionamientos (del) Comandante en Jefe del Ejército a la divulgación de la información (...) dirigieron, en primer lugar, a que la divulgación de la información que se trata podría causar afectación a los derechos fundamentales de los funcionarios oponentes y de sus familias, en particular aquellos referidos a su seguridad, su salud y la esfera de su vida privada (...) el reclamante acompañó (...) diversas publicaciones periodísticas en las que se da cuenta de las actividades conocidas como “funas”, esto es, de actuaciones coordinadas destinadas a encarar, increpando y fustigando de manera pública, a personas acusadas de violaciones a los derechos humanos, con el fin de desacreditarlas ante la comunidad” ... “se desprende, sin ningún género de duda, la efectividad de que hechos [de este tipo] han ocurrido, (...) de modo que la posibilidad de que las mismas se repitan respecto de los funcionarios que manifestaron su oposición no puede ser descartada” (Rol 35.801-2017).

Desde una óptica de transparencia, así como también del derecho a la verdad, parece extraordinario que manifestaciones cívicas lícitas, expresando el rechazo a prácticas represivas constitutivas de crímenes de lesa humanidad, sean aducidas como motivo de secretismo oficial. Es llamativo también que la Corte pareciera considerar que son las acciones de los putativos manifestantes, y no los crímenes cometidos por agentes de la represión, lo que desprestigia a éstos últimos ante la comunidad. El resultado redundante en la imposibilidad de que las FFAA garanticen, y la sociedad civil monitoree, que se haya limpiado de sus filas, todo perpetrador de crímenes de represión. Los mismos argumentos expresados en casi los mismos términos, ya habían sido esgrimidos por la Sala, el 11 de diciembre de 2017, cuando tomó la igualmente

extraordinaria determinación de negar al público información sobre exagentes de la CNI que siguen siendo recontratados por las Fuerzas Armadas como empleados civiles (rol. 8109-2017).

2.3. Corte Suprema afirma que el Consejo de Seguridad Nacional es juez y parte en materia de seguridad nacional

El 5 de julio de 2017 la Corte de Apelaciones de Santiago revocó parcialmente una decisión anterior que había ordenado a las FFAA entregar información solicitada por un ciudadano, sobre 13 actas levantadas entre 1989 y 2005 por el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA). El fallo unánime (Rol 13.045-2016) autorizó la entrega de 11 de las 13 actas solicitadas, declarando que dos de ellas seguirían bajo reserva, por corresponder a materias que potencialmente afectaban la seguridad nacional. El 25 de octubre de 2017, la misma Corte rechazó el argumento de afectación a la seguridad nacional para ordenar la entrega de parte de un acta más: acta N° 8 del COSENA de 1991, que versa sobre las reacciones de las FFAA a la publicación del Informe Rettig: “debe necesariamente concluirse que, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.050 [ley de reformas constitucionales, introducida en 2005] se distinguía expresamente entre actas públicas y actas reservadas; respecto de las primeras, si no se expresó que eran reservadas entonces se aplicó el principio de publicidad” (rol 7.045-2017). El Estado Mayor Conjunto de la Defensa Nacional apeló a la Corte Suprema de Justicia (CSJ), argumentando que COSENA estaría exenta de afectación por la Ley de Transparencia, por, supuestamente, no formar parte de la administración pública. Inicialmente, la Sala Constitucional de la CSJ rechazó unánimemente la lógica subyacente al recurso.⁴⁸ No obstante, el 21 de marzo de 2018, la misma sala acogió un recurso de queja, ordenando mantener la reserva de las actas pre-2005. En fallo unánime (causa rol 34.129-2017), la Sala declaró que hubo una falta o abuso grave: “(A)l decidir (...) que el Consejo para la Transparencia es competente para pronunciarse sobre el acceso a la información contenida en las actas del COSENA, pues resulta aplicable en la especie la Ley de la Transparencia, específicamente en sus Títulos II y IV, los sentenciadores (anteriores) infringen gravemente lo prescrito en los artículos 106 y 107 de la Constitución Política de la República, así como en los artículos 1, 2, 5, 10 y 32 de la Ley N° 20.285 y, además, en el artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que excluyen al Consejo de Seguridad Nacional de aquellos órganos o servicios a cuyo respecto el Consejo para la

48 “Si bien bajo el actual ordenamiento jurídico el COSENA es un órgano consultivo, forma parte de la Administración del Estado (...) funcional o materialmente, aunque no lo sea desde un punto de vista orgánico”. Rol 9.219-2017, 30 de noviembre de 2017.

Transparencia se encuentra facultado para decidir”. Continúa: “(...) la normativa constitucional, tanto en su regulación actualmente vigente, cuanto aquella que regía en forma previa a la reforma constitucional (...), entrega en forma exclusiva y excluyente al propio COSENA la facultad de decidir acerca de esta materia”.

Al respecto, es conveniente remitirse a los Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información, o “Principios de Tshwane”, de 2013, formulados por expertos de más de 70 países, incluyendo cuatro relatores especiales de la ONU en materias afines. En su Principio General número tres, Requisitos para restringir el derecho a la información por razones de seguridad nacional, se declara:

No podrán aplicarse restricciones al derecho a la información invocando razones de seguridad nacional a menos que el gobierno demuestre que: (1) la restricción (a) está establecida en una ley y (b) resulta necesaria en una sociedad democrática (c) para proteger un interés legítimo de seguridad nacional; y (2) la ley establece garantías adecuadas contra la posibilidad de abuso, incluido el escrutinio oportuno, pleno, accesible y efectivo de la validez de las restricciones por una autoridad supervisora independiente y su revisión exhaustiva por los tribunales.⁴⁹

En el caso aquí considerado, claramente no se cumplen estos requisitos, siendo que los mismos tribunales le han negado poder de escrutinio a la autoridad supervisora independiente más relevante.

2.4. Revisionismo, negacionismo, y verdad

La construcción de una verdad pública sobre las violaciones perpetradas por la dictadura cívico-militar ha representado un permanente desafío tras el inicio del retorno de la democracia. La investigación y constatación de ciertas verdades irrefutables sobre lo sucedido es una tarea cultural, además de institucional o judicial, cuya responsabilidad es entonces compartida entre la sociedad y el Estado. Para todo aquel que no subscriba a un relativismo absoluto —negando incluso la validez de toda pretensión de afirmar verdades— es importante intentar, con sinceridad, distinguir entre la narración de hechos y la formulación de interpretaciones u opiniones. Es así que quien quiera interpretar y opinar con responsabilidad, y/o ser reconocido como un interlocutor de buena fe, sin duda debe entonces atender a hechos y datos de los que toda interpretación con pretensiones de validez, debe hacerse cargo. Es por tanto especialmente preocupante que durante el periodo de este *Informe* se han agravado y profundizado las expresiones públicas de lo que puede ser calificado de negacionismo, en atención a la forma en que ciertas personas se refieren a crímenes atroces, sus víctimas y sobrevivientes,

49 Ver <https://www.opensocietyfoundations.org>

y sus perpetradores.⁵⁰ El uso y abuso del término “montaje”, pretendiendo provocar ambivalencia o dudas sobre hechos completamente establecidos, es solamente una de las preocupantes estrategias de tergiversación y mentira que se visibilizaron durante el periodo.

Es particularmente preocupante cuando dichas expresiones son verdaderas en espacios públicos o cívicos, y/o sostenidas por quienes ocupan cargos significativos u ostentan, por algún motivo, particular visibilidad social. En septiembre del 2017, Loreto Letelier, candidata a diputada por el partido UDI, negó hechos ya comprobados judicialmente del denominado *caso Quemados*, usando las redes sociales para atacar a las víctimas e intentar tacharlas de violentistas. Desconociendo las actuales condenas que pesan contra militares y policías responsables de la atrocidad, así como el detallado relato judicial ya establecido al respecto, reiteró el falso relato comunicacional urdido por la dictadura —y con posterioridad altamente desmentido, incluso por la confesión de varios perpetradores— de que las víctimas portaban bombas molotov. La madre de Rodrigo Rojas de Negri, el joven víctima fatal del ataque, encaró directamente a Letelier por sus mentiras.⁵¹ El ministro Carroza, actual responsable de la investigación, aún en curso, fue tajante al expresar, luego de la polémica y falaz declaración: “El expediente lo tengo yo y soy yo quien investiga”. No obstante, Letelier recibió el respaldo cerrado de la autodenominada Multigremial nacional de personal de las FFAA, Carabineros y PDI en retiro, grupo que apoya, blinda y reivindica a criminales de lesa humanidad.⁵² Si bien un sector de su partido la llamó más bien a “recapacitar”, seis meses más tarde otro militante de la UDI, esta vez un diputado, emitió en el hemiciclo similares y peores descalificativos en contra de la totalidad de las y los sobrevivientes de la represión dictatorial, a quienes tachó de “terroristas” (ver sección 1.4).

En marzo de 2018, el ex candidato presidencial José Miguel Kast, actual líder del grupo ultraderechista autodenominado Nueva República, causó indignación internacional al fotografiarse junto a un individuo vestido con una polera con una imagen estampada ironizando con los vuelos de la muerte. La reacción incluyó el reconocimiento de parte de la empresa estadounidense *Teespring*, anfitriona de una plataforma

50 *El Diccionario de la memoria colectiva* define al negacionismo como “actitud seudocientífica basada en la negación de la evidencia de los hechos, reconocidos en tanto que tales por la comunidad científica”. *El Diccionario de la Memoria Colectiva*, ed. Ricard Vinyes. Barcelona: Editorial Gedisa, p.347.

51 El Mostrador.cl: “¿Hasta dónde llega su intrínseca maldad?, ¿Cuán falsa puede ser usted?, ¿Cuánto daño nos quiere seguir causando?!” Madre de Rodrigo Rojas de Negri califica de ignorante a candidata UDI Loreto Letelier”, 27 de septiembre del 2017.

52 En una declaración, el grupo calificó de “valiente” las mentiras de Letelier, vertiendo a continuación acusaciones infundadas de “inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades que a diario se cometen en contra de militares y policías que libraron a Chile del totalitarismo”.

en que se comercializaban las poleras, de que su eslogan constituía discurso de incitación al odio (“*hate speech*”). El reconocimiento fue seguido por el retiro inmediato del producto de esa plataforma. En los meses siguientes, Kast hizo una gira por varias universidades nacionales, utilizando manifestaciones en su contra para acusar de intolerancia y victimización. En respuesta, estudiantes opositores al discurso de odio promovido por el ultraderechista empezaron a generar maneras ingeniosas y creativas de manifestarse: el 11 de mayo, estudiantes de la Universidad Adolfo Ibáñez asistieron a su discurso disfrazados con mascararas representando personajes nefastos de la dictadura, quienes “aplaudían” con fervor las opiniones extremistas expresadas por Kast.

En mayo de 2018 se realizó una manifestación contra el lanzamiento del libro *Las respuestas de Corbalán*, sobre el ex agente de la CNI, actualmente cumpliendo cadena perpetua. Dos activistas se mezclaron con el público asistente al evento, increpando a sus expositores, mientras otros manifestantes se posicionaron en las afueras del hotel Crowne Plaza de Santiago, sede del lanzamiento. En junio de 2018 el ex coronel Jaime Ojeda Torrent, procesado por la muerte de 15 personas, señaló que sus víctimas “merecían” lo que llamó la “pena de muerte”, refiriéndose en realidad a la ejecución extrajudicial, al margen de todo proceso legal, de personas indefensas ya bajo custodia, después del golpe militar. A la vez, Ojeda negó su participación o la de cualquier miembro de su regimiento en las torturas y fusilamientos de la Caravana de la Muerte. En agosto de 2018, el semanal *The Clinic* prestó tribuna a Loreto Iturriaga, hija del criminal de lesa humanidad Raúl (Eduardo) Iturriaga Neumann, el mismo que se fugó brevemente de la justicia en 2007, al recibir la primera de múltiples condenas. Dentro de una conversación que supuestamente buscaba sensibilizar y sincerarse, en dialogo con la hija de un exmilitar asesinado, Iturriaga aprovechó para reiterar varias veces, y en forma textual, los argumentos espurios que están siendo aducidos hoy por múltiples criminales de lesa humanidad ante, *inter alia*, el Tribunal Constitucional. Insistió en aplicarle el calificativo de ‘preso político’ a Iturriaga Neumann, además repitiendo una y otra vez las frases “condenado por presunciones”, (sin) “pruebas directas”. El efecto claramente deseado es de crear dudas infundadas sobre la notoria y evidente culpabilidad de quien fue, entre otras cosas, responsable del Departamento de Asuntos Exteriores de la DINA y luego jefe de la Brigada Purén, operando desde Villa Grimaldi.⁵³

Solo se requiere un conocimiento básico sobre el proceso penal, sea

53 En otro momento de la misma entrevista, Iturriaga insiste además en la total inocencia de su progenitor, presumiendo de su condición de ‘hija defendiendo a su padre’, y la aseveración de que su padre sería “tierno y (...) una gran persona”, como base para insistir en que “no hay ninguna prueba, no hay nada”, *The Clinic*, 30 de agosto del 2018.

en su versión antigua o nueva, para saber que la figura de “presunción” que allí opera, está lejos de poder asimilarse con cualquier acepción cotidiana del término. En el contexto jurídico, el concepto no se refiere a meras impresiones, sino a argumentos apoyados en pruebas que no emanan de testigos presenciales, sin por ello, perder su valor. Su uso es propio de cualquier procedimiento judicial. Además, en el antiguo proceso penal que impuso las condenas que Iturriaga Neumann hoy cumple, el uso de este tipo de prueba está sujeto a una serie de requisitos de fundamentación, que cautelan que los argumentos sobre culpabilidad sean contruidos rigurosamente. Existen, por lo demás, reglas procedimentales y garantías procesales especiales, específicamente diseñadas para proteger los derechos del imputado en un sistema inquisitorial.

Semejantes ataques verbales y discursivos contra la verdad establecida son extremadamente preocupantes, no solamente en relación al derecho a la verdad, sino también en cuanto a su capacidad de suscitar simpatía o empatía ante quienes desconocen los antecedentes reales, socavando así la construcción de garantías de no-repetición. Encuentran, además, su correlato en el ámbito de la memoria simbólica, alentando ataques y profanaciones de memoriales como los que conmemoran a los “degollados” y a víctimas de desaparición y ejecución de Valparaíso. Por último, el enorme revuelo nacional e internacional ocasionado por la revelación de las palabras publicadas en 2015 y 2016 por quien fue nombrado brevemente como ministro de Cultura, analizado arriba, levantó interrogantes mayores sobre la consciencia que se tiene dentro de la administración actual sobre los peligros del negacionismo. De modo similar, las declaraciones de la diputada de Renovación Nacional, Camila Flores, en un programa de televisión, el 15 de octubre de 2018, revelaron no solamente su ignorancia personal sobre la verdadera historia de la dictadura, sino una peligrosa tendencia de hacer revivir versiones fantasiosas y activamente falsificadas de los hechos. De este modo, se vuelven a poner en circulación las mentiras y montajes de los servicios secretos dictatoriales, dotándoles de un aire espurio de posible verosimilitud.⁵⁴ Igualmente, o más grave en sus implicancias, fue la realización, en octubre de 2018, durante una ceremonia en la Escuela Militar, de un acto de celebración y homenaje al torturador y criminal de lesa humanidad Miguel Krassnoff Martchenko. El Ministro de Defensa correctamente consignó al hecho como completamente inaceptable. El desenlace

54 La diputada insistió en que la Brigada Ramona Parra, el grupo de muralistas políticos del Partido Comunista, había sido un grupo armado. Incluso acusó a la parlamentaria Carmen Hertz, quien sufrió la desaparición forzada de su marido, de haber fomentado asesinatos. La diputada Hertz anunció una querrela por injurias.

final fue la destitución del director de la Escuela y el paso a retiro del hijo homónimo de Krassnoff, quien habría impulsado y efectuado la acción. De todos modos, se criticó la ausencia de sanciones mayores, ya que ambos retienen su rango y honores y el retiro de Krassnoff ya había sido iniciado por otros motivos, antes del hecho.

2.5 El poder de un buen ejemplo: cooperación entre el Estado, la academia, y la sociedad civil mejora la situación respecto de ex presos políticos fallecidos

A mediados de 2018, se empezó a compartir con el Programa de Reparación y Atención en Salud (PRAIS) del Ministerio de Salud, el Colegio Médico, y con otros interesados, los resultados preliminares de un estudio sobre las causas y patrones de mortalidad entre ex presos políticos. Siendo una de las primeras investigaciones epidemiológicas que busca indagar la conexión entre las secuelas a largo plazo del trauma acumulativo producido por violencia política, y las eventuales causas y edades de defunción que se presentan entre sobrevivientes, el estudio promete focalizar mejor los programas de atención y reparación. Fue posibilitado, *inter alia*, por un convenio cuidadosamente construido entre una agrupación de familiares, y el Registro Civil. El convenio permite trabajar con datos globales y estadísticos, todos debidamente anonimizados y resguardados, para poder calcular el porcentaje de ‘sobrevivientes Valech’ que se encuentran ya fallecidos en determinada fecha, así como detectar patrones y tendencias en relación a las causas de sus defunciones. La iniciativa nació, de hecho, para subsanar una deficiencia en el diseño del mismo proceso Valech: si bien se aceptó calificar a personas ya fallecidas, no se señaló, en las listas finales, cuántos y cuáles eran las personas calificadas en esa condición. Aquello presentó un obstáculo para agrupaciones que quisieron promover el pleno uso de derechos a reparación, impulsando, por ejemplo, que el Instituto de Previsión Social activamente se comunicara con cada derechohabiente. Una de dichas agrupaciones, la Corporación de Familiares de ex Presos Políticos Fallecidos, empezó en 2009 a reunirse con autoridades y ministerios sobre el tema, encontrándose con que las y los administradores públicos con frecuencia les consultaban a ellos, sobre datos que debieron manejar *ex officio*, como instituciones estatales. Así se constatan una vez más, los vacíos en definición y coordinación que han dificultado siempre avances en justicia transicional. De todos modos, en 2009 la Corporación logró establecer contacto y luego un convenio con el Registro Civil, acción que ha ido produciendo un ‘círculo virtuoso’ digno de mención y de replicación. Permite a la agrupación ayudar a sus miembros, informándoles sobre derechos y requisitos; fomenta la realización de estudios como el que se menciona, de gran utilidad para instancias de políticas públicas, y que permite además la reafirmación

de redes y convenios entre servicios. De esta manera, se demuestra que una mejora en la respuesta estatal en justicia transicional no siempre requiere nuevas instancias, ni recursos adicionales. A veces se puede avanzar en forma muy sustantiva, con medidas que buscan aprovechar mejor las instancias y medidas existentes, operacionalizar leyes o disposiciones que han ido quedando como letra muerta, y potenciar la buena fe y experticia que muchas veces existe entre los ‘mandos medios’ de las burocracias estatales. Sobre todo, la iniciativa demuestra el poder, y la importancia, de crear cooperación intersectorial y espacios de participación; y el enorme valor que puede tener la colaboración entre Estado y sociedad civil como co-impulsores y co-realizadores de derechos y deberes.

3. JUSTICIA

3.1. Chile ante el Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El 8 de noviembre de 2017, la Sala Penal de la Corte Suprema acogió, en un fallo unánime (Rol. 11.486-2017), una declaración de error judicial en relación a sentencias espurias dictadas por Consejos de Guerra de la Fuerza Aérea en 1974 y 1975. Con ello, la Corte dejó judicialmente constatada que las “condenas” impuestas por supuesto incumplimiento de deberes militares, traición, y sedición, fueron espurias e injuriosas. Su motivación no fue otra que contrarrestar la oposición de algunos uniformados al golpe de Estado, motivada por el apego de estos a los verdaderos valores históricos de su institución. La resolución reafirmó la honra y el buen nombre del constitucionalista coronel en retiro Ernesto Galaz Guzmán, quien falleció tres meses más tarde, a los 89 años de edad. De modo similar, el 26 de junio de 2018, la Corte Suprema anuló una sentencia de Consejo de Guerra emitida en Temuco en octubre de 1973, estableciendo que las confesiones de los condenados fueron obtenidas bajo tortura. Así, se constató la completa inocencia de las 23 personas espuriamente condenadas y además violentadas: “los ex prisioneros eran drogados frecuentemente con pentotal, (...) soportaron golpes, aplicación de electricidad y vejaciones sexuales. Sufrieron amenazas, colgamientos (...), introducción de agujas bajo las uñas, (...) simulacros de fusilamiento (...) y fueron obligados a escuchar y presenciar torturas a otros detenidos. Algunos testigos denunciaron que fueron sometidos a tortura delante de sus parejas o que llevaron a sus hijos para presionarlos”.⁵⁵ Ambas acciones tienen como antecedente el fallo de la Corte IDH del 3 de

55 Fallo unánime, causa rol. 1488-2018.

mayo del 2016, *caso Maldonado y otros versus Chile*, que condenó al Estado de Chile por denegación de justicia en el caso de ex uniformados procesados en el Consejo de Guerra 1-73 de la Fiscalía de Aviación. La Corte IDH instó entonces al Estado chileno a ofrecer un mecanismo de rectificación no solamente a quienes formaron parte de la causa *sub lite*, sino a toda persona que se encontraba en una situación similar. Lamentablemente, si bien se ha dado efecto al fallo, la fórmula empleada hasta el momento obliga a las mismas personas afectadas a solicitar, en forma activa, la revisión y anulación de sus supuestas “condenas”. En consecuencia, permanecen sin rectificar las múltiples injusticias cometidas contra personas ahora fallecidas.

Conforme ya se ha mencionado en sección 1.4, en marzo el Comando Unitario de ex Presos Políticos denunció al Estado de Chile ante la CIDH por incumplimiento de deberes respecto del crimen de tortura. Unas semanas más tarde, los días 30 y 31 de julio de 2018, una delegación chilena compareció ante el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura. En la oportunidad, la Subsecretaria de DDHH, Lorena Recabarren, hizo mención explícita del legado de tortura de la dictadura: “Al momento de ratificarse la Convención [en Chile], nuestro país se encontraba bajo el gobierno de una dictadura, para la cual la prevención y sanción de la tortura estaba lejos de ser una prioridad. Hoy, 30 años después, la prevención y sanción no sólo de la tortura, sino de todo tipo de trato cruel e inhumano, es una genuina prioridad para las políticas del Estado de Chile.” En su discurso de apertura como jefa de la delegación chilena, afirmó además que “nuestro gobierno no se equivoca ni tiene dos lecturas. Las políticas de derechos humanos son políticas de Estado, y no dejan de serlo pese a los cambios de gobierno”. El noveno punto de su discurso hizo alusión al “proceso de justicia transicional en nuestro país”. En esa intervención se dijo que el Estado “es consciente de la importancia de continuar con los necesarios esfuerzos para investigar, sancionar y reparar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en nuestro país entre 1973 y 1990”, haciendo referencia a 539 causas por torturas, apremios ilegítimos y aplicación de tormentos abiertas en tribunales y mencionando un “costo histórico” de reparaciones económicas por sobre los USD 6.200 millones. No se explicitó que buena parte de las reparaciones económicas comprometidas por el Estado chileno no corresponde a reparaciones por torturas, sino por ejecución extrajudicial y desaparición forzada. No se hizo alusión al retiro, en abril, de un proyecto de bono económico adicional destinado específicamente a sobrevivientes (ver sección 1.4). Tampoco se explicitó que, como ya hemos visto, las causas penales actualmente en curso han sido casi en su totalidad impulsadas por

sus mismas víctimas sobrevivientes.⁵⁶ En agosto de 2018, la Comisión Interamericana de DDHH señaló su profunda preocupación sobre la concesión de beneficios de libertad condicional a criminales de lesa humanidad (ver abajo, sección 3.2.6).

3.2. Tribunales nacionales

Como ya se ha dejado de manifiesto en la sección sobre el derecho a la verdad, durante el periodo del presente *Informe* se puede observar una notable diversificación en los tipos de controversias relacionadas con justicia transicional que se han sometido al conocimiento de los tribunales, invocando el derecho penal, civil, y/o constitucional. La comunidad de defensores de DDHH ha empezado a utilizar las herramientas de la justicia penal para exigir investigación de las posibles responsabilidades criminales de nuevos actores y sectores, tales como el mundo civil-empresarial cómplice, partícipe, y beneficiario de la dictadura. A modo de ejemplo, en octubre del 2017 el sitio de memoria Londres 38 presentó una querrela contra los directivos de la Pesquera Arauco, por delitos cometidos en el contexto de su colaboración estrecha con la DINA. La agrupación también se querelló, el 21 de diciembre, contra quienes del mundo castrense resulten responsables de la quema, ocurrida a una década de iniciada la transición, de archivos microfilmados que incluían documentación de la CNI del período de 1980 a 1982. En noviembre de 2017, el Ejército tuvo que reconocer que la destrucción fue realizada sin ninguna acta u otra constatación. La acción fue duramente criticada por autoridades del Consejo para la Transparencia, como atentatoria contra el derecho a la verdad y la memoria nacional. Recursos legales también han empezado a ser utilizados para hacer justiciables otros derechos dentro del marco de justicia transicional: desafiando la constitucionalidad o legalidad de determinadas políticas públicas de secretismo, como en el caso de acceso a información arriba mencionados (sección 2); o impidiendo la realización de gestos atentatorios contra el derecho a la reparación simbólica, como en el caso del reconocimiento que las autoridades locales querrían extender al Regimiento Tejas Verdes. Ha de constatarse, a la vez, que los defensores de criminales de lesa humanidad también diversificaron su uso de herramientas jurídicas, utilizando el Tribunal Constitucional (ver sección 3.2.5) e incluso buscando amedrentar a quienes reportan sus crímenes. En julio de 2018, la Corte de Apelaciones de Santiago dio por admisible una querrela por injurias, interpuesta por la hija de un criminal preso en Punta Peuco, contra el renombrado periodista investigativo Javier Rebolledo. El pleito, que había sido rotundamente rechazado por un juez de primera

56 Aunque existen, como hemos observado, un número menor dentro del total de investigaciones por tortura impulsado de oficio por ministras y ministros en visita.

instancia en mayo, pretendía cuestionar revelaciones hechas en el nuevo libro de Rebolledo –*Camaleón: doble vida de un agente comunista*– sobre el exagente Raúl Quintana Salazar. Tanto la acción como la decisión de la Corte suscitaron amplio repudio, y expresiones nacionales e internacionales de apoyo al periodista. El Colegio de Periodistas calificó la controversia como un ataque a la libertad de expresión, y un acto que violenta el ejercicio de la profesión.⁵⁷

En tanto, en relación a la calidad y consistencia de la respuesta ofrecida por el sistema de justicia a estas nuevas controversias sometidas a su conocimiento, hacia fines del periodo del presente *Informe*, se vivieron cambios dentro de la judicatura cuyo impacto negativo en la práctica y jurisprudencia en relación a causas de DDHH se hizo sentir casi de inmediato. A continuación, se ahonda en mayor detalle, en esta temática.

3.2.1. Reasignación de ministros, causas, y coordinación en DDHH

Durante el periodo, la concentración y reasignación de causas de DDHH que se vivió desde enero 2017, destinada a agilizar la resolución de las que aún se encuentran en etapa de sumario, siguió produciendo resultados positivos en la resolución de causas y, por tanto, resistencia de parte de los acusados y condenados. El traslado de causas desde el ámbito de la Corte de Apelaciones de Chillán a la de Concepción, por ejemplo, produjo una notable aceleración en su tramitación y resolución (ver 3.2.5.4). Ante ello, los acusados y condenados empezaron a adoptar estrategias de ralentización que incluyen intentos de devolver las causas, en etapa de apelación, a la Corte de Chillán, por estimar que es más favorable a sus intereses. Una dinámica similar se vivió entre Temuco y Puerto Montt, en relación a causas cuya tramitación se había iniciado en la sede de Puerto Montt para luego ser trasladadas al Ministro Álvaro Mesa, de la Corte de Apelaciones de Temuco. Al 21 de agosto de 2018 eran 13 las y los ministras/os en visita que sustanciaban investigaciones penales en causas de DDHH a lo largo del país: Ministras/os Hormazábal (La Serena); Mesa (Temuco); Aldana y Méndez (Concepción); Arancibia (Valparaíso); González (Talca); Pinto (Punta Arenas); Carroza, Vázquez, Madrid y Crisosto (Santiago); y Cifuentes y Vásquez (San Miguel). Solamente cinco de ellos (ministros Hormazábal, Carroza, Cifuentes, Mesa, y Madrid) contaban con dedicación exclusiva.⁵⁸ Es sin duda positivo que las causas se hayan ido

57 El supuesto pleito fue finalmente rechazado a principios de octubre de 2018, cuando su manifiesta falta de mérito impidió la presentación de prueba alguna que lo respaldara.

58 Dicha dedicación es renovable en forma anual, salvo en el caso del ministro Madrid, cuya dedicación exclusiva tenía plazo hasta principios de septiembre de 2018, para permitirle terminar su única causa aún sin fallar. Fuente: información recibida desde la oficina del Ministro Coordinador, Ricardo Blanco, el 21 de agosto de 2018.

concentrando en manos de ministras y ministros con clara vocación y dedicación para resolverlas; al mismo tiempo, es preocupante que altas fuentes desde el Poder Judicial estimen que aún existe un “costo”, en términos de carrera y prestigio, asociado con asumir estas causas.

El 7 de mayo de 2018, el pleno de la Corte Suprema designó al ministro Ricardo Blanco Herrera como coordinador nacional de causas de DDHH, en reemplazo del ministro Sergio Muñoz Gajardo, quien presentó su renuncia. Fuentes cercanas al Poder Judicial dieron a entender que los motivos del cambio incluirían diferencias sobre el nivel de exigencia que es razonable tener frente a ministros instructores con causas aún en tramitación. Entrevistado en su función de ministro coordinador durante buena parte del periodo del presente *Informe*, el ministro Muñoz valoró, como hitos dentro de su gestión, el haber logrado investigaciones respecto de casi la totalidad de las víctimas actualmente reconocidas de ejecución o desaparición, así como el avance que podría significar la admisión a tramitación de una denuncia que posiblemente gatille la primera investigación global de la tortura. También se mencionó el haber puesto como sello al rol de coordinación, el concebirlo como un ‘pastoreo’ activo de las causas, abogando para su correcta resolución y fomentando acceso a los recursos necesarios para ello.⁵⁹

El saliente ministro, quien ha ostentado dos veces el cargo de coordinador, instaló durante su mandato sistemas apuntados a agilizar la tramitación de causas de DDHH, alimentándose de su propia experiencia de ellas, como exministro en visita. También mostró siempre apertura y receptividad a solicitudes del Observatorio y otros actores, informando sobre el avance de las causas y facilitando y participando en iniciativas de estudio, tanto en su capacidad de ministro coordinador como durante su mandato como presidente de la Corte Suprema. Agradecemos su gestión, y el aporte significativo que ella representa. Dicho aporte fue nuevamente ejemplificado en septiembre de 2018, con el lanzamiento del espacio Memoria Histórica del Poder Judicial, una iniciativa largamente anhelada, e impulsada por el ministro. Una de las áreas de trabajo del proyecto facilita información detallada sobre sentencias dictadas por la sala penal de la Corte Suprema en causas de DDHH. Si bien su formato no es del todo amigable –no siempre se indica el principio organizativo de los documentos disponibles– es posible conocer la configuración de la sala para cada uno de los fallos, así como conocer el voto de cada ministro/a. También se detallan las indemnizaciones civiles concedidas, con o sin arista penal asociada. El

59 Entrevista con el ministro Sergio Muñoz, julio de 2018. Si bien solicitamos una entrevista con el nuevo ministro coordinador, por razones de agenda aquello no fue posible. No obstante, agradecemos la disposición del ministro Blanco y su oficina, en suministrar cifras sobre causas y otras informaciones.

trabajo puede consultarse a través de <http://mhd.pjud.cl/>. El esfuerzo de dar cuenta positiva de la labor de uno de los tres poderes del Estado en la materia es sin duda muy loable, y es de esperar que se le dé continuidad y permanente actualización. También sería recomendable su emulación por otras instancias y poderes: la reaparición de los datos sobre causas y procesados anteriormente informados por el entonces Programa de DDHH estatal, así como la publicación de información fehaciente y pública sobre el estado de cumplimiento de las condenas impuestas contra criminales de lesa humanidad, son elementos básicos que cualquier monitoreo real de parte de la sociedad del actuar estatal en justicia transicional requiere. Por cuanto serían, a nuestro parecer, esenciales para que el Estado en general pueda pretender dar correcto cumplimiento de los derechos a la verdad, la justicia y las garantías de no repetición que le competen. Al respecto, se nos informó, desde la Subsecretaría de DDHH, que se estaría elaborando un “informe que da cuenta de las respuestas del Estado de Chile en materias de derechos humanos entre 1990 y 2018” (sin hacer explícito, si dicho informe trata específica o exclusivamente materias de justicia transicional); así como una “actualización de la página web institucional [de la Subsecretaría] (...) que incorporará antecedentes de la gestión que realizan las reparticiones dependientes”, que incluye la Unidad Programa.⁶⁰ Desconocemos si se trataría o no de un trabajo de actualización permanente, que permitiría hacer seguimiento de las causas tramitadas así como de la situación penal y carcelaria de los procesados y condenados.

3.2.2. Jubilan de la CSJ dos ministros destacados por su actuar en DDHH

En junio de 2018, la Corte Suprema perdió dos de sus ministros más destacados, conocidos por su decidido y temprano actuar en causas DDHH, mérito que a ambos les significó retrasos en su elevación al máximo tribunal. Ambos ministros además hicieron alusión, en entrevistas concedidas con ocasión de su retiro, a las presiones y amenazas que ellos y sus familias sufrieron durante la dictadura, a manos de autoridades y simpatizantes del régimen. Ambos ministros cumplieron más de 50 años de carrera judicial al momento de su retiro. El ministro Carlos Cerda se jubiló desde la Sala Laboral del máximo tribunal. Pocos días más tarde fue el turno del ministro Milton Juica, expresidente de la Corte, y férreo defensor de la independencia judicial, quien había integrado al máximo tribunal durante 17 años, más recientemente como presidente de su sala penal. En esa función tuvo

60 Fuente: información suministrada desde la Subsecretaría de DDHH en comunicación electrónica, 21 de agosto de 2018.

un protagonismo directo en la jurisprudencia positiva reciente en materia de penas, aplicación de derecho internacional, y reconocimiento del derecho a la reparación por vía de indemnización civil. Al igual que el ministro Cerda, el ministro Juica es asociado históricamente con un actuar decidido y ético en causas de DDHH. Entre otros casos de gran connotación, investigó y condenó a Carabineros en el crimen de los tres profesionales comunistas ejecutados en 1985, en el así llamado “*caso degollados*”.

Dichos cambios tuvieron repercusiones inmediatas en la tramitación de causas. En particular, se hizo notar el reemplazo del ministro Juica en la Sala Penal por el ministro Dolmestch, conocido partidario de prescripción gradual y otras fórmulas de suspensión, disolución o reducción de penas a criminales de lesa humanidad. Entre las más visibles manifestaciones de dichos cambios figura la concesión de libertad condicional, con una interpretación absolutamente minimalista de las exigencias legales correspondientes, y contra el parecer de las autoridades carcelarias respectivas, a una media docena de criminales de lesa humanidad. Ello se sumó a la ya existente situación de demoras, con suspensión de procedimiento, ocasionada por la elevación reiterada de recursos ante el Tribunal Constitucional (ambos temas son examinados en mayor detalle en secciones 3.2.5 y 3.2.6). Es altamente probable, además, que en los meses venideros retorne el debate sobre prescripción gradual. Esa figura, de aplicación predilecta del ministro Dolmestch, había caído en desuso luego de que la Sala Penal de la CSJ mayoritariamente reconoció que ella comparte esencia con la prescripción. Ambas son, por ende, figuras inaplicables frente a graves violaciones en cuanto impiden las “penas adecuadas” cuya imposición es necesaria para evitar la impunidad (ver *Informe* 2016).⁶¹ Sería particularmente grave si a la cuasiautomática concesión de beneficios ya mencionada, se sumaran, además, nuevas aplicaciones de la prescripción gradual. Así se configuraría un doble beneficio a los perpetradores de crímenes cuya suma gravedad no amerita semejante lenidad.

A principios de septiembre, se anunció la quina para llenar el espacio vacante dejado por el ministro Cerda. Entre los candidatos se incluye, por antigüedad, al ministro Miranda Lillo, cuyo desempeño como ministro en vista en causas de DDHH en Valparaíso motivó numerosos reclamos. En la quina también figura Dobra Lusic, actual presidenta

61 El *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, promulgado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 8 de febrero de 2005, califica a la impunidad como “una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas (...)”.

de la Corte de Apelaciones de Santiago, y una de las primeras ministras en investigar, a principios de los noventa, agentes notorios como Osvaldo Romo. Es la candidata más votada por sus pares.

3.2.3. Tendencias generales históricas y recientes en fallos por causas de DDHH en la Corte Suprema: 1995-2018

Gracias al trabajo de nuestro ayudante Matías San Martín, y a un importante proyecto sobre jurisprudencia chilena en DDHH realizado por la Universidad Austral de Chile, este año podemos por primera vez presentar cifras analizando la actividad judicial pos-transicional en causas de DDHH, según el alcance que ella ha tenido como proporción de los universos de víctimas ausentes y sobrevivientes oficialmente reconocidos por el Estado de Chile.⁶² Según registros del Observatorio, entre el año 1995 y el 30 de junio del 2018, se han dictado un total de 367 sentencias finales en causas por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura: 332 abordando materias penales y/o civiles, y 35 respecto de demandas civiles solamente.⁶³ Las 367 sentencias finales de todo tipo (penal y civil) emitidas entre 1995 y junio del 2018 hacen referencia a un total de 713 víctimas ausentes (358 DD y 355 EP).⁶⁴

Ciento cincuenta y nueve de los 332 fallos penales dicen relación con crímenes cometidos contra personas detenidas-desaparecidas (DD); 140 a víctimas de ejecución política (EP); 14 a casos mixtos (DD y EP); 17 a torturas de personas sobrevivientes, y 2, exclusivamente a delitos de asociación ilícita y exhumación ilegal. En tanto, las y los sobrevivientes que han presentado querrelas criminales por tortura, dando origen a causas ahora resueltas en última instancia, suman 202 personas. Si comparamos estas cifras con los números totales de víctimas calificadas por las respectivas Comisiones (Rettig, CNRR y 'Valech I y II'), se han dado sentencias penales finales por los crímenes cometidos contra un 22,1% de las personas reconocidas actualmente

62 Los resultados del proyecto de la UACH, dirigido por la jurista Daniela Accatino, fueron publicados en septiembre de 2018 en www.expedientesdelarepresion.cl.

63 Comprendiendo tanto causas penales o civiles falladas en la Sala Penal de la CSJ (la mayoría), cuanto unas pocas causas penales en que la sentencia de la Corte de Apelaciones respectiva pasó a constituir la sentencia definitiva. Cabe señalar que las 332 causas penales pueden o no traer asociado una demanda por indemnización civil. La cifra de 35 demandas civiles se refiere, por tanto, solamente a demandas civiles sin una arista penal asociada. Desde abril de 2015, la Sala Penal de la CSJ pasó a ser la instancia de recusación para dichas demandas civiles (previa a esa fecha fueron vistas por la Sala Constitucional de la CSJ, sin contar con cifras).

64 Es posible además que una misma víctima sea objeto de una causa penal y de una demanda civil, produciéndose un doble conteo. En ediciones posteriores refinaremos nuestros registros en este sentido. De momento, es el motivo de la exclusión de las 35 demandas civiles mencionadas, de los cálculos de alcance que aparecen a continuación.

por el Estado como desaparecidas o ejecutadas.⁶⁵ En cambio, tan solo 0,5% de las y los 38.254 sobrevivientes reconocidos por ‘Valech I’ y ‘Valech II’ han visto sentencias finales emitidas en sus causas penales y/o demandas civiles. Aquello da fe nuevamente de la abrumante diferencia entre víctimas ausentes y sobrevivientes, en relación a los niveles de satisfacción del derecho a la justicia que impera en ambas clases de crimen de lesa humanidad. Si analizamos por género, son 29 las mujeres detenidas desaparecidas representadas en los fallos penales terminados. Ello representa el 8,1% del total de 358 detenidos desaparecidos, cuyos casos penales han sido terminados en tribunales. En relación con las mujeres ejecutadas, han sido fallados en lo penal 22 casos de mujeres, representando 6,1% del total de 355 ejecutados políticos con sentencia penal final. En total, las víctimas ausentes cuyos casos penales han sido terminados en tribunales incluyen a 51 mujeres, o 7,1% del total. En tanto, 61 mujeres sobrevivientes de tortura han obtenido sentencias penales contra perpetradores, constituyendo el 30,2% del total de sobrevivientes con casos penales terminados.

Tabla A: Causas DDHH del periodo de la dictadura que han recibido sentencia definitiva en los tribunales superiores chilenos entre 1995 y 30 de junio de 2018

Número total de causas por tipo	367 causas
Causas de indemnización civil	35
Causas penales	332

Tabla B: Clases de victimización abordadas por las causas penales DDHH terminadas entre 1995 y 30 de junio de 2018

Número total de causas penales	332 casos
Casos de detenidos desaparecidos	159
Casos de ejecutados	140
Casos mixtos ejecutados y detenidos desaparecidos	14
Casos de torturas contra sobrevivientes	17
Casos solamente por asociación ilícita*	1
Casos solamente por exhumación ilegal*	1

* Los casos clasificados en otras filas como DD, EP, etc., pueden también incluir condenas por estos delitos. Para efectos de la confección de esta tabla, se califica cada fallo según el tipo penal más gravoso mencionado en ella.

65 Las cifras acumuladas de DD y EP según Rettig (1991) CNRR (1996) y Valech II (2011) suman 3.225 personas. Ajustes posteriores realizados por el Observatorio, en consulta cercana con las instituciones estatales más relevantes, sugieren una cifra más actual de 3.216. En cualquiera de los dos casos, el porcentaje con causa resuelta no baja de 22,1% ni asciende a más de 22,3%. Ambas cifras incluyen (cuentan como DD) a dos niños de nacionalidad chilena, desaparecidos en Argentina, quienes más tarde fueron recuperados con vida (‘nietos apropiados’).

Tabla C: Números de víctimas ausentes y sobrevivientes representados en causas penales DDHH finalizadas en tribunales domésticos entre 1995 y junio de 2018

Número total de víctimas ausentes (DD y EP) representados en casos penales terminados	713 personas
Personas detenidas desaparecidas	358 personas
Personas ejecutadas políticas	355 personas
Número total de sobrevivientes representados en casos penales terminados	202 personas

Tabla D: Porcentajes de mujeres representadas en las causas penales terminadas entre 1995 y junio de 2018, por tipo de caso

Número total de personas, número de mujeres	Porcentaje del total que son mujeres
Víctimas ausentes DD y EP: total 713 personas, 51 de ellas, mujeres	7,1% del total de sobrevivientes con causa penal terminada
Víctimas ausentes DD: 358 personas, 29 son mujeres	8,1% del total de DD con causa penal terminada
Víctimas ausentes EP: 355 personas, 22 son mujeres	6,1% del total de EP con causa penal terminada
Sobrevivientes: 202 personas con sentencia penal final, 61 son mujeres	30,2 % de sobrevivientes de tortura con causa penal terminada

Fuentes: Elaboración propia, con datos de Comisiones de la Verdad, fallos judiciales, y registros del Observatorio.

Si pasamos a considerar solamente los 37 fallos finales correspondientes al periodo estadístico del presente *Informe* (julio de 2017 a junio de 2018), todos emanados de la CSJ, se detecta una práctica oscilante a lo largo del periodo en relación a la cuantía de las penas impuestas contra criminales de lesa humanidad. Dentro de la variación, se sigue tratando a desapariciones forzadas (secuestros calificados) como en efecto el crimen más gravoso. Es el delito que con mayor frecuencia produce penas afflictivas (de cárcel) así como el delito cuyo promedio o medio de pena impuesta, suele ser el más alto. La distinción se acentúa siendo que, en diversos casos de ejecución, se ha revisado la figura penal desde homicidio calificado a homicidio simple. Aquello no siempre significa absolución o prescripción, siendo que, a la vez, la CSJ ha seguido considerando que homicidio simple de todos modos puede constituir un crimen de lesa humanidad. Pero a veces, como en el caso del asesinato, por Carabineros, de un niño de 15 años, Edison Palma, durante una manifestación celebrando el triunfo del ‘No’, el hecho de considerar que su muerte, si bien ‘irregular’, no conformaba un ataque sistemático contra la población civil, llevó a la absolución de todos quienes habían sido condenados en instancias inferiores. Igualmente preocupante es el caso de René Tapia Aguilera, cuyo asesinato fue declarado prescrito, el 11 de octubre de 2017, básicamente por haber estado –se supone– cometiendo el delito de ‘disturbios’ cuando fue muerto por la policía.

Otros hitos o importantes referentes a la definición de crímenes de lesa humanidad incluyen la ampliación del concepto a aplicarse a crímenes de índole sexual, en el caso *Lara versus Fisco*, en enero de 2018 (Rol N° 31.711-2017). En aquella oportunidad, la Sala Penal aplicó una interpretación progresista del derecho nacional e internacional relevante, para ratificar la imprescriptibilidad en la arista civil de una causa que instancias inferiores habían insistido en tratar como un hecho aislado o un crimen menor. En tanto, la querrela interpuesta por la Subsecretaría de DDHH por la Operación “Retiro de Televisores”, intenta configurar la inhumación ilegal como un crimen de lesa humanidad. No obstante, todo análisis de la proporcionalidad de penas impuestas debe tomar en cuenta que, si la nueva línea de la CSJ en relación a libertad condicional se afirma, las penas reales que cumplen los criminales de lesa humanidad bajarán considerablemente, por ser sujetas a un descuento automático en la etapa post sentencia. En efecto, las cuantías nominales esconderían penas reales de apenas dos tercios de la cuantía inicial, en casos de homicidio, e incluso la mitad de ella, en el caso de desapariciones forzadas. Así las cosas, desaparecidos de personas podrían exigir excarcelación con anterioridad a quienes hayan cometido homicidio, una discrepancia que tendría el efecto de volver a nivelar hacia abajo las penas aplicadas en ambas clases de delito. Ello porque, como veremos a continuación, los controvertidos criterios aplicados por la Sala Penal, en julio de 2018, permiten al condenado exigir como derecho la libertad condicional, sin colaboración efectiva ni arrepentimiento, apenas cumplida la mitad de su condena, si es secuestrador, o dos tercios de ella, si es homicida. Existen, además, dentro del periodo, absoluciones sorprendentes, así como causas en que se extraña que nadie haya sido hallado merecedor de una pena de cárcel, a pesar de que se ha comprobado su culpabilidad. Así, a principios de 2018, fueron absueltos por completo dos agentes, en un caso en que no se estableció cuál de ellos había sido físicamente responsable de la muerte de una víctima. En tanto, en las seis causas vistas por la CSJ en septiembre y octubre de 2017, un total de 19 perpetradores recibieron apenas cuatro penas aflictivas en total, siendo Carabineros, la institución más propensa a ser beneficiada con penas de cumplimiento alternativo. El tristemente célebre caso del prolongado maltrato, seguido por muerte, del ex ministro José Tohá es uno de varios del periodo que, en su etapa final, no produjo pena de cárcel alguna.

También se presenciaron, en este periodo, la invalidación por la CSJ de sentencias espurias impuestas durante el periodo de la dictadura. Una de ellas ocurrió el 23 de agosto de 2017, cuando se revirtió una sentencia por injuria impuesta en 1967, contra un ex colono de la Colonia Dignidad, Ernst Wolfgang Kneese (antes conocido como Ernst Wolfgang Mueller). Ernst escapo de Villa Baviera y empezó a

denunciar los múltiples abusos sexuales y de otra índole cometidos por la secta, incluso en el periodo anterior a la dictadura. La autodenominada ‘Sociedad Benefactora’ se querelló por injuria. El fallo actual, Rol. 89.658-2016, consideró los múltiples antecedentes subsecuentes, dando constancia de los abusos sexuales, esclavitud, y crímenes de lesa humanidad cometidos dentro de la colonia durante décadas. El segundo ejemplo, comentado en sección 3.1, anuló una sentencia de Consejo de Guerra, en cumplimiento del principio establecido en el fallo de la Corte IDH, *Maldonado y otros versus Chile*.

Cuadro 1. Número de sentencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema entre julio de 2010 y junio de 2018, en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura, en ocho periodos estadísticos.

	Número de procesos DDHH finalizados en la Sala Penal de la Corte Suprema
Julio 2010 - junio 2011	23
Julio 2011 - junio 2012	18
Julio 2012 - junio 2013	4
Julio 2013 - junio 2014	12*
Julio 2014 - junio 2015	44**
Julio 2015 - junio 2016	58***
Julio 2016 - junio 2017	55****
Julio 2017 - junio 2018	37****

* Una de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

** Cuatro de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

*** 16 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

**** Seis de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

Fuente: Elaboración propia, con datos proporcionados por fallos judiciales.

Cuadro 2. Detalle de las 37 sentencias de la Corte Suprema emitidas entre julio de 2017 y junio de 2018 (inclusive) en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura.

Causa	Fecha fallo	Rol
Caso caravana episodio Curicó: secuestro calificado y homicidio calificado de Wagner Salinas Muñoz y Francisco Lara Ruiz	4.07.2017	Rol 95096-2016
Secuestro calificado de Rafael Araneda Yévenes y Carlos Terán de la Jara	4.07.2017	Rol 978856-2016
Homicidio calificado de Edison Palma Coronado	5.07.2017	Rol 95109-2016
Homicidio calificado de Rigoberto Achú Liendo y Absolón Wegner Millar	19.07.2017	Rol 5989-2017

Secuestro calificado de Germán Moreno Fuenzalida	11.08.2017	Rol 82511-2016
Indemnización civil Enrique Pagardoy Saquieres, ciudadano uruguayo detenido desaparecido en Chile	21.08.2017	Rol 34239-2017
Aplicación de tormentos reiterados a José Tohá González, ex ministro de Defensa e Interior	8.09.2017	Rol 11.659-2017
Secuestro calificado de Ejidio Acuña Pacheco, Heriberto Rivera Barra y Juan Chamorro Arévalo, y homicidio simple de Tito Villagrán Molina	14.09.2017	Rol 12226-2017
Homicidio simple de Anastasio Molina Zambrano	14.09.2017	Rol 11659-2017
Homicidio calificado de Leopoldo Benítez Herrera	27.09.2017	Rol 249-2017
Secuestro calificado de los hermanos Osvaldo y Gardenio Sepúlveda Torres	29.09.2017	Rol 19165-2017
Homicidio calificado de Miguel Díaz León y Ángel Espinosa Valenzuela	13.10.2017	Rol 10337-2017
Indemnización civil Alejandro Domic Mihovilovic, ex preso político sobreviviente	30.10.2017	Rol 34259-2017
Caso Paine episodio Collipeumo: homicidio calificado de Carlos Chávez Reyes, Raúl del Carmen Lazo Quinteros, Orlando Enrique Pereira Cancino y Pedro Luis Ramírez Torres; y del delito frustrado de homicidio calificado de Alejandro del Carmen Bustos González	17.11.2017	Rol 1568-2017
Caso Cerro Moreno: homicidio calificado de Nenad Teodorovic Sertic, Elizabeth Cabrera Balarriz y Luis Muñoz Bravo	6.12.2017	Rol 95095-2016
Secuestro calificado de Eduardo Aliste González, Eugenia Martínez Hernández y Gerardo Silva Saldívar	13.12.2017	Rol 11601-2017
Homicidio calificado de Juan Carlos Díaz Fierro	27.12.2017	Rol 44349-2017
Homicidio simple de Hugo Huerta Salinas	27.12.2017	Rol 44346-2017
Homicidio simple de Roberto Valdebenito Vira	8.01.2018	Rol 36269-2017
Apremios ilegítimos a matrimonio de Mercedes Bulnes y Roberto Celedón	17.01.2018	Rol 34400-2017
Indemnización civil Sara Lara Reyes, ex presa política sobreviviente	29.01.2018	Rol 31711-2017
Indemnización civil Anselmo Antonio Cancino Aravena, detenido desaparecido	16.03.2018	Rol 2471-2018
Indemnización civil Sergio Enrique Cádiz Cortez, detenido desaparecido	19.03.2018	Rol 2973-2018
Homicidio simple de Arcadia Patricia Flores Pérez	22.03.2018	Rol 35788-2017
Secuestro calificado de Gregorio Palma Donoso	23.03.2018	Rol 9345-2017
Homicidio simple de Héctor Horacio Llanos Guzmán	27.03.2018	Rol 21596-2017
Secuestro calificado de Raúl Cornejo Campos y Mario Maureira Vásquez	28.03.2018	Rol 9345-2017
Homicidio calificado de Juan Espinoza Parra	28.03.2018	Rol 12258-2017
Homicidio simple de Manuel Jesús Moreno Quezada	7.05.2018	Rol 36211-2017
Secuestro calificado de Washington Cid Urrutia	16.05.2018	Rol 39732-2017
Caso 50 ex presos políticos Colonia Dignidad	23.05.2018	Rol 21614-2017
Delito de apremios ilegítimos con resultado de muerte de Fernando Álvarez Castillo	6.06.2018	Rol 45413-2017

Indemnización civil Alfredo García Vega, detenido desaparecido	7.06.2018	Rol 377165-2017
Caso Hornos de Lonquén: secuestro calificado de Enrique René Astudillo Álvarez, Omar Enrique Astudillo Rojas, Ramón Osvaldo Astudillo Rojas, Miguel Ángel Arturo Brant Bustamante, Carlos Segundo Hernández Flores, Nelson Hernández Flores, Oscar Nibaldo Hernández Flores, José Manuel Herrera Villegas, Sergio Adrián Maureira Lillo, José Manuel Maureira Muñoz, Rodolfo Antonio Maureira Muñoz, Segundo Armando Maureira Muñoz, Sergio Miguel Maureira Muñoz, Manuel Jesús Navarro Salinas e Iván Gerardo Ordóñez Lama	19.06.2018	Rol 30170-2017
Homicidio simple de Óscar Carvacho Roa	21.06.2018	Rol 39660-2017
Secuestro calificado de Daniel Reyes Piña	27.06.2018	Rol 44226-2017
Homicidio calificado de Jorge Pardo Aburto	27.06.2018	Rol 825-2018

Fuente: *Elaboración propia, con datos proporcionados por fallos judiciales.*

3.2.4. Tendencias generales en justicia penal

Una apreciación global del uso y actuar de los tribunales de todo nivel durante el periodo revela la misma diversificación de tipos de recursos, ya comentado, así como la primera condena confirmada de un civil no-agente.⁶⁶ También continuó, durante este periodo, la tendencia de sobrevivientes a interponer querellas en grupo, por tortura, presionando así para el correcto reconocimiento de este como un crimen de lesa humanidad que no prescribe ni puede amnistiarse. Existe además una tendencia marcada a la aparición, por querella o por acumulación, de causas ‘mixtas’: en que se investigan delitos de desaparición forzada y ejecución extrajudicial, así como delitos de tortura y privación ilegal de libertad practicada contra sobrevivientes. Otros hitos, dignos de comentario, incluyen la acentuación de la tendencia existente hacia absoluciones masivas en casos relacionados con *Operación Colombo*. Las absoluciones proceden del hecho, que hemos analizado anteriormente (ver *Informe 2017*), de que la CSJ exige un umbral más alto de prueba para condenar que el que se exigía para procesar, sin que exista la posibilidad de volver a abrir la etapa investigativa para ahondar en este elemento. Esta lógica produjo la absolución más masiva del periodo, cuando el 11 de agosto de 2017, la Corte de Apelaciones de Santiago absolvió 63 de los agentes procesados por la desaparición forzada de Washington Cid Urrutia (Rol N°255-2016). También cabe señalar que, entre los beneficios aplicados en el momento de la sentencia, figura la aplicación ocasional en Temuco del aminorante de ‘miedo insuperable’.

Según las cifras suministradas por el ministro coordinador de causas de DDHH del poder judicial, a la fecha del 21 de agosto de 2018 sumaban 1.328 las causas en tramitación por 13 ministras/os en visita

66 Es decir, de una persona que participó en crímenes de lesa humanidad sin ser empleado de una de las agencias de represión clandestina.

nombradas/os anteriormente. De este total, 187 causas habían sido falladas al menos en primera instancia, mientras que 14, se encontraban paralizadas en alguna etapa o aspecto procesal, por solicitud u orden del Tribunal Constitucional. Del remanente, 1.005 estaban en etapa de plenario, y 122, en sumario.⁶⁷ De las 1.328, se consignaban a 545 como causas relacionadas con tortura, dejando un total de 783 en que se puede deducir que se investiga al menos un caso de desaparición forzada o ejecución extrajudicial.⁶⁸ En tanto, desde la Unidad Programa de DDHH de la Subsecretaría de Justicia y DDHH, se nos informó que a principios de agosto, abogadas y abogados de la Unidad tenían participación en un total de 719 de dichas causas penales (más 19 causas caratuladas como ‘no penales’, relacionadas con asuntos de familia, trámites administrativos, y/o búsquedas de restos).⁶⁹ También se reportaban acciones en curso o recientes, sobre 17 agentes solicitando libertad condicional, a seis de los cuales el beneficio les había sido concedido.

3.2.5. El Tribunal Constitucional como impedimento a la justicia por crímenes de lesa humanidad

Desde mediados de 2015, coincidiendo con un cambio en su composición, el Tribunal Constitucional (TC) ha recibido cada vez más procesos de DDHH, principalmente por la vía de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad establecida en el artículo 93 N° 6 de la Constitución.⁷⁰ Según el mismo TC, se han ingresado un total de 47 causas por DDHH desde agosto de 2015.⁷¹ Tanto los resultados como la innecesaria suspensión de los procedimientos mientras se espera una resolución, han tenido como resultado retrasar la acción de la justicia en causas que datan de tiempos de dictadura. La actuación del Tribunal Constitucional (TC) en el período del presente *Informe* ha profundizado aquellas malas prácticas denunciadas en los *Informes* de 2016 y 2017, referidas a la presentación de diversos requerimientos

67 Fuente: información recibida desde la oficina del ministro coordinador, Ricardo Blanco, el 21 de agosto de 2018.

68 Se entiende, si bien no se explicitó, que son causas en que solamente se investigan delitos de tortura (‘apremios’) y otros, cometidos contra víctimas sobrevivientes.

69 Fuente: información suministrada por vía electrónica desde la Subsecretaría de DDHH, 8 de agosto de 2018.

70 Otra línea más rara de acciones ha buscado impugnar la constitucionalidad de Autos Acordados de tribunales superiores (art. 93 N° 2 CPR), identificando como tales a las resoluciones de la Corte Suprema que designan ministros en visita extraordinarios en causas DD.HH. Ver roles 2928-15-CAA, y 3373-17-CAA.

71 Fuente: Oficio No. 2502-2018, con fecha del 14 de septiembre del 2018, emitido por el TC en respuesta a una solicitud recibida desde el Instituto Nacional de DDHH (INDH). En el mismo, el TC se niega a proporcionar información sobre la demora causada a cada causa por suspensión, argumentando que la producción de este dato “implicaría distraer indebidamente a funcionarios de esta Magistratura”.

de inaplicabilidad en relación a causas de DDHH. Se han adoptado resoluciones que se apartan de los parámetros de actuación y jurisprudencia que el mismo TC sostuvo entre 2005-2015, y significan un gran retroceso en la lucha contra la impunidad, a la vez que deben causar preocupación entre constitucionalistas.

En agosto de 2017 asumió como presidente del TC el ministro Iván Aróstica, quien fue designado al TC por Sebastián Piñera durante su primera presidencia. El ministro ha votado consistentemente en una línea favorable a lo argumentado por procesados y/o condenados por crímenes de lesa humanidad. Siendo presidente, es quien pone las causas del TC en tabla una vez concluida la fase de discusión. En tres de las 24 causas de DDHH ingresadas al TC durante el período, se omitió colocarlas en el rol de asuntos en estado de tabla oportunamente.⁷² Ante denuncias realizadas por querellantes en las causas afectadas, esta situación fue rápidamente subsanada por el Tribunal. En lo que va de 2018, dos integrantes del Tribunal fueron reemplazados por cumplir su período. El ministro Carlos Carmona, nombrado por la expresidenta Bachelet, fue reemplazado en abril de 2018 por Miguel Ángel Fernández González, designado por el presidente Piñera y quien representó en 2017 ante el TC a los Senadores de Chile Vamos contra el proyecto de ley de aborto en tres causales. La ministra Marisol Peña, nombrada por la Corte Suprema, fue reemplazada en junio de 2018 por María Pía Silva Gallinato, electa por mayoría del pleno de la Corte Suprema.

Veinticuatro nuevas causas de DDHH fueron ingresadas al TC durante el periodo estadístico del presente *Informe*.⁷³ La cuarta parte –seis de las 24– fueron rechazadas por manifiesta falta de fundamento o defectos graves de formalización.⁷⁴ Cinco de las 24 fueron ingresadas por una misma persona, el agente Patricio Jeldres, y otras tres, por el ex DINA René Riveros. Una, Rol 4.180, fue declarada admisible a pesar de que versara sobre una sentencia ejecutoriada de la Corte Suprema. Las 18 acciones ingresadas inicialmente dieron pie a la paralización de las causas respectivas. En cuatro de estas, agrupaciones y abogados de DDHH lograron el alzamiento de las suspensiones. En consecuencia,

72 Roles 3649-17-INA, desaparición forzada de Ricardo León; 3699-17-INA, ejecución política de Gilberto de las Mercedes Victoriano; y, 3996-17-INA, doce desapariciones forzadas, episodio “Operación Cóndor”.

73 Roles 3649-17-INA; 3669-17-INA; 3681-17-INA; 3699-17-INA; 3705-17-INA; 3929-17-INA; 3948-17-INA; 3996-17-INA; 4180-17-INA; 4210-17-INA; 4223-18-INA; 4256-18-INA; 4390-18-INA; 4391-18-INA; 4512-18-INA; 4587-18-INA; 4627-18-INA; 4703-18-INA; 4704-18-INA; 4709-18-INA; 4717-18-INA; 4807-18-INA; 4871-18-INA, y 4960-18-INA. (INA denota ‘inaplicabilidad’). Una causa más, que había sido ingresada antes del periodo estipulado, fue resuelta durante el mismo lapso.

74 Roles 3705-17; 4587-18; 4704-18; 4717-18, 4709-18, y 4960-18. Dato vigente a la fecha de cierre de esta edición (mediados de agosto de 2018).

a mediados de agosto de 2018, cuatro casos esperaban fallo sin suspensión; nueve se encontraban suspendidas esperando fallo; y tres más se encontraban pendientes de vista, con suspensión. Solamente dos de las 18 habían sido sentenciadas. Hacia fines de agosto de 2018, seguían llegando más causas nuevas ante el TC: una, la del magnicidio del ex presidente Eduardo Frei Montalva, y otras cuatro, llevadas por el ministro en visita de la Corte de Apelaciones de Temuco.

3.2.5.1 Patricio Jeldres: mayor usuario persona natural del Tribunal Constitucional

En enero de 2017, la Corte Suprema reorganizó la distribución de causas DD.HH para agilizar su tramitación. En consecuencia, diversas causas de la jurisdicción de Chillán fueron reasignadas al Ministro Carlos Aldana Fuentes, de la Corte de Apelaciones de Concepción. Con el traspaso, se puso fin a una época de absoluciones e investigaciones sobreesídas, largamente denunciadas por agrupaciones de la zona (ver sección 3.2.5.4). Pocos meses después Patricio Jeldes Rodríguez, excarabinero y uno de los principales ejecutores del plan de represión dictatorial en la zona, actualmente cumpliendo pena en Punta Peuco, empezó a elevar múltiples requerimientos de inaplicabilidad, todas en causas sustanciadas por el Ministro Aldana.⁷⁵ Todas las acciones cuestionan prácticamente las mismas normas, a saber, los artículos 193, 205, 318, 330 inciso primero, 334, 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal, con algunas adiciones, más o menos, referidas a las obligaciones del juez, a la interrogación de testigos, y a la diligencia del careo. Todas se basaron en alegaciones extremadamente genéricas, sin explicar cómo existiría la vulneración concreta de la Constitución que el condenado alegaba. No obstante, cada una de las causas afectadas fue suspendida a la espera de una resolución. Solamente en una causa, la suspensión pudo ser alzada rápidamente. En otra, la demora resultante fue de más de un año.

El modelo de acción piloteado en Chillán al parecer fue copiado rápidamente por otros acusados y condenados. Se ha vuelto un recurso “en serie”, citando siempre las mismas normas, hoy empleado ante diversas jurisdicciones para paralizar los procesos de DDHH. A modo de ejemplo, se puede mencionar a cinco más de los 24 casos del periodo: roles 3669, y 3699, causas sustanciadas por la ministra Marianela Cifuentes,

75 Rol 3649-17-INA, por causa rol 7-2017, desaparición forzada de Ricardo León; 3929-17-INA, por causa rol N° 8-2017, desapariciones forzadas de Alfredo Becerra, Tomás Domínguez, y Gustavo Domínguez Jara; Rol 4390-18-INA, por causa rol N° 9-2017, desapariciones forzadas de Arturo Prat Martí y Gregorio Retamal, y ejecución política de Patricio Weitzel Pérez; Rol 4391-18-INA, en causa rol N° 11-2017, desapariciones forzadas de Leopoldo López y Robinson Ramírez; y Rol 4703-18-INA, en causa rol N° 6-2017, ejecución política de Gabriel Cortez (17 años).

ambas suspendidas durante más de un año; rol 3948, del ministro Carroza; Rol 4223-18-INA, proceso del ministro Aldana Fuentes, y rol 4587, donde la defensa de Emilio de la Mahotiere buscaba paralizar simultáneamente los episodios *Caravana Calama* del ministro Hernán Crisosto y *Caravana La Serena* del ministro Carroza. La acción no prosperó, por dirigirse a dos procesos. La paralización de casi la totalidad de las causas de DDHH de la Región de Ñuble provocó reacciones públicas y presiones desde la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos de Chillán y otras organizaciones de derechos humanos. El senador de la zona, Felipe Harboe, y el presidente del Senado Carlos Montes, se sumaron a las expresiones de preocupación, advirtiendo el peligro de un “escándalo internacional”.⁷⁶ En respuesta, el TC comenzó a poner causas en tabla en forma semanal, permitiendo que hoy prácticamente todas las causas mencionadas estén en la última etapa, esperando sentencia.⁷⁷ Se ha empezado también a conceder, en algunas causas, alzamientos a la suspensión de su tramitación, permitiendo que el tribunal de origen, avance con la investigación y/u otras acciones que sirven el fin de la justicia.⁷⁸

3.2.5.2. Suspensión por el Tribunal Constitucional de una sentencia ejecutoriada: Caso Cerro Moreno

En el noveno caso ingresado durante el periodo, Rol N° 4180, el TC ordenó la suspensión del procedimiento de una sentencia ejecutoriada, terminada en la Corte Suprema el 5 de diciembre de 2017. En ella, se condenaron a penas de 15 años y un día a Sergio Gutiérrez Rodríguez, Ricardo Álvarez Jalabert y Carlos Contreras Hidalgo. Se presentó un incidente de nulidad contra el fallo el 10 de diciembre de 2017, rechazado el 20 de diciembre por la Corte Suprema. Contra esa resolución, la defensa dedujo un recurso de reposición. Pese a ello, una acción de inaplicabilidad ingresó el 18 de diciembre, siendo declarado admisible por mayoría de la Segunda Sala del TC al día siguiente. Se decretó la suspensión del procedimiento y –posteriormente– del cúmplase ante la Corte de Apelaciones.⁷⁹ Ello no obstante el hecho de que la sentencia en cuestión ya estaba afinada, situación que fue certificada por la Corte Suprema en al menos tres ocasiones distintas.⁸⁰ Los querellantes en las

76 *La Tercera*: “Causas de DDHH paralizadas en el TC”, 19 de abril de 2018.

77 Salvo, al momento de cierre de edición, roles 3948 (vista programada para el 23 de agosto de 2018), 4703 (vista efectuada 14 de agosto de 2018), 4807, y 4871.

78 A modo de ejemplo, el 8 de agosto de 2018 se concedió un alzamiento de suspensión en rol 3649-17, a Patricio Jeldres.

79 TC. Rol N° 4180-17-INA (*Caso Cerro Moreno*): Admite a trámite con suspensión. Resolución de 19 de diciembre de 2018, por unanimidad; y sentencia de admisibilidad de 17 de enero de 2018.

80 Las certificaciones aparecen a fojas 72, 83, 183, 185 y 598 del expediente constitucional.

causas afectadas denunciaban que, habiendo sentencia firme, no existía gestión pendiente, debiéndose entonces rechazar la acción por falta de fundamento plausible.⁸¹ Para agravar las cosas, el requerimiento atacaba, *inter alia*, el artículo 78 del Código Penal, el cual se refiere al procedimiento de seguir en relación a penas impuestas ‘con anterioridad a su vigencia’. Sin embargo, como se enuncia en el Artículo Final del mismo: “[e]l presente código comenzará a regir el primero de marzo de mil ochocientos setenta y cinco”. Si bien el 21 de junio de 2018 se notificó una sentencia de fondo rechazando la acción, por ocho votos a cero, por no existir gestión pendiente, no se condenó en costas al actor “por estimarse que tuvo motivo plausible para litigar”.⁸² El caso representa sin duda un precedente preocupante, en relación a una sentencia firme, ante la cual no cabe litigio adicional. En suma, producto de este recurso y la forma en que el TC optó por tratarlo, entre el 5 de diciembre de 2017 y el 21 de junio de 2018, el cumplimiento de un fallo del Máximo Tribunal fue obstaculizado, en violación del artículo 76 de la Constitución, la facultad del Poder Judicial de “hacer ejecutar lo juzgado”. Por fortuna, los tres responsables hoy se encuentran cumpliendo condena, sin que ninguno haya hecho uso de la amplia oportunidad que las largas demoras ofrecen, para fugarse.

3.2.5.3. El Tribunal Constitucional y el episodio Operación Cóndor

René Riveros Valderrama, exagente de la DINA, es el segundo mayor usuario persona natural del TC (después de Patricio Jeldes), habiendo presentado tres acciones.⁸³ El 23 de octubre de 2017, Riveros presentó una acción de inaplicabilidad en el proceso Operación Cóndor sustanciado por el ministro Carroza. En ella, se cuestionan diversas normas, a saber, los artículos 78 inciso primero, 298, 299, 300, 303, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327 y 328 del Código de Procedimiento Penal. Un breve análisis de lo presentado permite observar que la acción es una “derivación” del rol 3649, presentado por Patricio

81 Los querellantes que se hicieron parte eran, de la sociedad civil, la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP; y la Unidad Programa de Derechos Humanos, por el Estado.

82 TC. Rol N° 4180-17-INA (*Caso Cerro Moreno*). Sentencia de fondo del 21 de junio de 2018 (rechaza). Esta parte del fallo no fue unánime, sino que se ganó 5-3, con preventiones de los ministros Hernández, García y Pozo para quienes no existió fundamento plausible.

83 Roles 3996 y 4717 (ambos en el caso Operación Cóndor) y 4871 (*caso Calle Conferencia*). Si bien Pedro Alcayaga Zúñiga, procesado como torturador y homicida, también presentó tres recursos, todos fueron declarados inadmisibles (Roles 2928-15-CAA, 3019-16-INA y 3055-16-INA). Sergio Jara Arancibia, sentenciado a firme por la Corte Suprema por el homicidio de un médico y un funcionario público, presentó dos acciones en 2016, ambas declaradas inadmisibles (Roles: 3015-16-INA y 3083-16-INA). Después de ser condenado en julio de 2017 por la Corte Suprema se dio a la fuga, siendo capturado en Mar del Plata, Argentina en abril de 2018.

Jeldres, con solamente algunas modificaciones. Es menester observar que su declaración como admisible parece del todo irregular, siendo que incluye diversas normas no decisivas para la resolución del asunto; no explicaba cómo habrían sido afectados los derechos constitucionales del aludido. Además, al momento de presentación, la causa se encontraba en estado procesal de plenario, mientras que las citadas normas corresponden al sumario, operando entonces la preclusión procesal. La fundamentación del requirente no cumple con estándares básicos de argumentación, siendo que no se precisa claramente cuál es la actuación o las normas que no deben aplicarse, y de qué forma estas contravendrían a la Constitución. El requerimiento además profiere expresiones temerarias, acusando, sin fundamentos, un “notorio sesgo político en estas causas” y coacción por parte del ministro en visita respectivo. Lo más curioso de todo es que el escrito atacaba reglas que consagran derechos para las partes, específicamente, algunas que favorecen sobre todo al inculpado.⁸⁴

La vista de la causa fue realizada conjuntamente con el rol 3681, una acción presentada en julio de 2017 por el imputado Francisco Pérez Egert, impugnando únicamente el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. Ambos imputados son representados por el mismo abogado defensor. En el curso del alegato, el abogado no hizo ninguna defensa oral por el episodio Operación Cóndor, limitándose a hablar del rol 3681. Con posterioridad, la defensa de Riveros presentó una nueva acción en el mismo episodio Cóndor, rol 4717, que fue declarada inadmisibles por manifiesta falta de fundamento. El 19 de julio de 2018 el fallo de fondo, rol 3996, rechazó el requerimiento por 5 votos contra 3. El voto de mayoría incorpora, como criterios comunes para el rechazo a cuatro de los ministros:⁸⁵ que en el estado actual de la gestión de la causa, los preceptos aludidos no son aplicables (considerandos Octavo y Noveno); que los específicos preceptos legales ya se aplicaron, siendo irrelevante entonces considerar *ex post* su inaplicabilidad (considerandos Décimo a Decimosexto); y que algunos de los preceptos legales objetados contienen reglas de garantías para el procesado, no siendo razonable por tanto la estimación de vulneraciones constitucionales (considerandos Decimoséptimo a Vigésimotercero). Por su parte, existe un voto de minoría de los ministros Aróstica, Romero y Vásquez por acoger el requerimiento en su totalidad. Aquello parece constituir un apoyo cerrado a la posición de los condenados, siendo que no resiste

84 A modo de ejemplo, cita el artículo 319, que manifiesta el plazo en que el detenido debe ser puesto a disposición del juez; el art. 320, que dice que la declaración del inculpado no puede recibirse bajo juramento, y el artículo 323, que prohíbe la coacción, amenazas y malos tratos al inculpado durante el interrogatorio.

85 Voto de mayoría de los ministros García, Brahm, Pozo y Letelier. La ministra Peña comparte solo algunos de los fundamentos para el rechazo.

análisis jurídico en los términos señalados, demostrando más bien un notorio desapego al derecho.

3.2.5.4. Impacto del actuar del Tribunal Constitucional en otros casos ilustrativos

En el caso Rol 3.150, el actuar del TC causó una demora total de 1 año, 9 meses y 21 días en la resolución de una causa. La defensa del perpetrador Alfonso Videla Valdebenito promovió una acción cuestionando los artículos 15 N° 2, segunda parte, del Código Penal, y 548 del Código de Procedimiento Penal. Ingresada la causa el 29 de julio de 2016, se decretó cinco días después (3 de agosto de 2016) la suspensión del procedimiento. Recién el 23 de mayo de 2018 las partes fueron notificadas de la sentencia, rechazando la acción por 5 votos contra 5.⁸⁶ La causa que dio origen al recurso estuvo paralizada durante 685 días de los 690 que duró su tramitación. En el *Episodio Conferencia* (Rol 4871), el agente René Riveros Valderrama dedujo inaplicabilidad el 12 de junio de 2018, por la norma del artículo 321 del Código de Procedimiento Penal, que lo obliga a individualizarse en su primera declaración judicial y mostrar su cédula de identidad. El 28 de junio de 2018, la Primera Sala concedió la suspensión del procedimiento, con los votos del presidente Aróstica, y los ministros Vásquez y Romero. Solamente el ministro Hernández se opuso. El 23 de julio de 2018 se declara admisible por los mismos tres ministros, con los votos en contra del ministro Hernández, junto a la recién nombrada ministra Silva. El resultado de esta causa tiende a confirmar el diagnóstico de un desapego al derecho de parte del actual presidente del TC, a la vez que demuestra lo fácil que resulta, incluso para un reconocido perpetrador, cambiar el foco de las causas DDHH al acusar como grave violación de sus derechos, el deber de individualizarse ante los tribunales de justicia.

La nueva región de Ñuble es donde se constata el menor número de procesados, acusados o condenados en causas de DDHH, relativa a lo que fue el alcance de la represión dictatorial. Recién en mayo de 2009, la Corte de Apelaciones de Chillán nombró ministros en visita extraordinaria para dichas causas, noticia que se esperaba constituyera un avance sustantivo. Hasta entonces, se estaba frente a un escenario que había propiciado la impunidad durante décadas, tanto por lentitud en la tramitación de casos como por la continuidad de vínculos entre las autoridades locales actuales, y perpetradores. El pequeño número de condenas alcanzadas, siempre se enfocaban en exfuncionarios de Carabineros, además de bajo rango y/o de unidades policiales pequeñas ubicadas en localidades alejadas. Incluso luego del traspaso, el

86 El voto del presidente del TC, que tiene un numero par de miembros, no es dirimente en estos casos.

actuar colegiado de los ministros de la Corte produjo la absolución de quien es sindicado como el jefe de inteligencia del regimiento local, una pieza clave en la represión dictatorial. Dicha absolución, considerada espuria por muchas agrupaciones y testigos, fue revertida por la Corte Suprema.

Ante este desolador panorama, la Agrupación de Familiares de Detenidos AFDD de Chillán, a inicios del año 2010, comenzó una campaña de sensibilización ante las máximas autoridades del Poder Judicial, denunciando lo que consideraban desidia o abandono de los deberes de justicia. Paralelamente, el entonces Programa de DDHH del Ministerio del Interior, comenzó un decidido accionar jurídico procesal, que dio lugar a contiendas de competencia entre los ministros instructores de causas de DDHH de la Corte de Apelaciones de Chillán y de Concepción, sin resolución definitiva en ese momento. Luego de dos condenas en 2014, la Corte de Chillan dictó una serie de absoluciones, posteriormente revertidas por la Corte Suprema. Tampoco hizo uso eficiente de los antecedentes contenidos en las fichas incautadas de la ex Colonia Dignidad, cuando el ministro Jorge Zepeda levanto parcialmente el embargo que había puesto sobre estas.

A fines de 2015 el Programa de DDHH volvió a desafiar el aparente desinterés de la Corte de Chillan, al preferir presentar querellas ante el ministro de visita de la Corte de Apelaciones de Concepción por algunas causas de desaparición y ejecución ocurridas en Nuble. En enero de 2017, a recomendación del entonces ministro coordinador de causas DDHH, ministro Sergio Muñoz, la Corte Suprema hizo una redistribución general de dichas causas para agilizar su resolución. Las causas hasta entonces tramitadas por el ministro Claudio Arias Córdova, de Chillán, fueron traspasadas al ministro Carlos Aldana Fuentes, de Concepción. El cambio en la mirada del sustanciador fue radical. Con poco más de un mes de investigación, se sometió a proceso a Patricio Jeldres Rodríguez por el secuestro u homicidio de diez personas, entre ellos un niño de 17 años. Asimismo, el 2 de septiembre de 2017 somete a proceso por secuestro a Guillermo Toro Dávila, a la fecha, el intocable exComandante del Regimiento de Chillán. En este nuevo contexto de persecución penal, la defensa del perpetrador empezó una campaña de sostenido cuestionamiento de la competencia de la Corte de Concepción, así como de interponer recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. A mediados de agosto de 2018, seis causas de la región se encontraban suspendidas ante el Tribunal Constitucional, algunas de ellas durante más de un año. Ello evidenciando una abierta contradicción con los estándares que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de plazo razonable, así como en el derecho a la verdad.

3.2.6. Libertad Condicional: ‘Supremazo’ y acusación constitucional

El 3 de agosto de 2017, en fallo dividido (causa rol 35.710-2017), la Sala Penal de la CSJ—integrada por los ministros Milton Juica, Carlos Künsemüller, Lamberto Cisternas, Manuel Antonio Valderrama y el abogado integrante Jaime Rodríguez— concedió libertad condicional al represor Armando Cabrera, preso en Punta Peuco (con el voto en contra del ministro Juica). Así se desestimó la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había rechazado la solicitud. El voto mayoritario de la CSJ mencionó al tiempo de condena ya cumplida, más la edad y estado de salud del exagente, como razones para considerar que continuar privándole de la libertad no tendría ya efecto de rehabilitación. Efecto que, por cierto, no es la única finalidad de las sentencias penales. Tampoco dichas consideraciones aparecen consignadas en el Decreto Ley 321 y su reglamento como criterios aplicables, como se puede apreciar a continuación en la discusión de la nueva y aún más indulgente interpretación que otra configuración de la Sala aplicó, un año más tarde, para liberar a seis agentes y ordenar una nueva determinación respecto de un séptimo.

Entre el 30 y el 31 de julio de 2018, la Corte Suprema emitió una opinión favorable al reo en siete casos de peticiones de libertad condicional que habían sido rechazadas por la comisión de libertad condicional de los establecimientos penales correspondientes. Los rechazos se habían basado en la existencia de informes psicosociales desfavorables, señalando el poco o nulo reconocimiento manifestado por los criminales de lo repudiable y criminal de su conducta, y/o del daño ocasionado. La Sala Penal en efecto declaró que aquellas consideraciones, así como todo lo referente a índices de rehabilitación, no son pertinentes a la decisión de liberar a un preso. Llegó a consignar a la libertad condicional como un derecho del reo. Si bien no es primera vez que aquello ocurre —ha habido una docena de concesiones anteriores, partiendo en 2015, con la liberación anticipada de uno de los responsables del triple asesinato tristemente conocido como el “*caso Degollados*”—, en esta oportunidad el hecho revistió particular notoriedad debido al número concentrado de las concesiones, y las señales de que se trataría de una nueva y potencialmente duradera tendencia, inducida por un cambio de criterio producto de un cambio de composición de la sala.⁸⁷

Las decisiones, que llegaron a ser consignadas como el ‘Supremazo’, produjeron la liberación de seis reos, mas, en un caso, la devolución de

87 Quizás envalentonados por el mismo cambio, fueron 17 en total los reos que elevaron recursos de protección o amparo, a la Corte de Apelaciones de Santiago y/o a la CSJ, entre enero y agosto de 2018. Fuente: datos suministrados por la Unidad Programa de DDHH de la Subsecretaría de DDHH, archivados con el Observatorio.

la petición a la comisión de libertad condicional.⁸⁸ La sala que tomó la decisión fue compuesta, respectivamente, de los ministros Dolmestch, Künsemüller, y Valderrama, y los abogados integrantes Abuaud y Barra (30 de agosto); y los ministros Dolmestch, Valderrama y Dahm, más los abogados integrantes Gajardo y Abuaud (31 de julio).⁸⁹ Apenas días más tarde, el 7 de agosto, una sala con la misma composición que la del 31 de julio revocó una concesión antes aprobada por la Corte de Apelaciones, ordenando la nueva detención del agente Luis Felipe Polanco, involucrado en la Caravana de la Muerte y el asesinato de, entre otros, Marta Ugarte. Su razonamiento fue que Polanco tenía otras causas pendientes (sin sentencia firme) en el momento de postular al beneficio. La Sala se negó también a la concesión de libertad condicional en un caso posterior, el de Erasmo Vega Sobarzo, pero aquellas dos negativas no llegaron a constituir un cambio de criterio, como fue evidenciada por una nueva concesión, a mediados de octubre, al agente Lander Uriarte. El único patrón que se puede deducir en las acciones fue el de diferenciar entre quienes tienen causas aún sin resolver al momento de solicitar el beneficio (en esos casos, la libertad fue denegada) y quienes, como Lander Uriarte, no las tienen (entonces, el beneficio les fue concedido).⁹⁰ En su argumentación, la Sala en general hace una lectura absolutamente literal de lo que llama los ‘criterios objetivos’ que la ley correspondiente, Decreto Ley 321, de 1925, exige para el beneficio. Ellos son –a juicio de la sala– solamente cuatro, y no incluirían consideración alguna de la gravedad del delito cometido, ni del estado de arrepentimiento que el reo manifieste o no respecto de su conducta.

En efecto, el texto original de la ley en su versión de 1925 señala, en su art. 2º, los siguientes requisitos:

- 1.o Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva (...)
- 2.o Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena (...)
- 3.o Haber aprendido bien un oficio (...)

88 Los criminales de lesa humanidad liberados por los fallos del 30 de julio y 1 de agosto fueron Manuel Pérez Santillán, preso por el asesinato de Eugenio Berrios; José del Carmen Quintanilla Fernández, Felipe González Astorga, y Hernán Portillo Aranda, presos por los mismos crímenes de desaparición, secuestro y tortura; Gamaliel Soto Segura, preso por desaparecer a cuatro personas; y Moisés Retamal Bustos, culpable de la desaparición de tres personas. El séptimo caso, devuelto a la comisión de Punta Peuco para nueva consideración, fue el de Emilio de la Mahotiere González.

89 El segundo grupo de fallos fue publicado el día 1 de agosto.

90 Este criterio también ha sido aplicado con anterioridad por la misma sala, con una configuración distinta. Ver por ejemplo Rol 76487-16, en que se le niegue el beneficio a Raúl Iturriaga Neumann por tener múltiples causas y condenas pendientes.

4.o Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir.

Tanto el lenguaje como el contenido del texto da cuenta de sus orígenes y tenor, quedando claro que los legisladores de la época tenían en mente una especie de ‘delincuente marginal’ cuya reinserción social se lograría, entre otras cosas, con su alfabetización. Modificaciones posteriores subieron la proporción de la pena a cumplirse, a dos tercios en el caso de ciertos delitos, pero ni el secuestro (desaparición forzada) ni los crímenes de lesa humanidad per se, figuran entre dichas modificaciones. En tanto, y si bien los criterios enumerados en el art. 2º no hacen referencia al propósito rehabilitador, ni a ningún indicador de ello, el artículo 1º del texto original sí da fe de su relevancia, al consignar que la figura misma de la libertad condicional se constituye como “medio de prueba de que el delincuente (...) se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social”. Es en atención a este criterio, a veces llamado el ‘criterio subjetivo’, que se producen y se consideran los informes psicosociales mencionados. En circunstancias en que el contenido de estos, o bien otros antecedentes hacen pensar que la persona no se encuentre rehabilitada, se han producido negativas a conceder la libertad, emanadas tanto desde las comisiones de libertad condicional de los penales, como (antiguamente) de los seremis quienes tuvieron que ratificar las recomendaciones de las comisiones; así como las Cortes de Apelaciones y/o, en tiempos anteriores, la misma Sala Penal de la CSJ.⁹¹

Las decisiones suscitaron reacciones negativas inmediatas, traducándose en una indignación que fue evidenciada en movilización social, y en críticas nacionales e internacionales.⁹² En las siguientes decisiones sobre solicitudes similares, el criterio de la Sala ya mostraba señales de matices, solicitando antecedentes sobre si los solicitantes de libertad tenían causas adicionales pendientes, y ordenado la denegación del beneficio en el caso de que la respuesta fuera afirmativa.⁹³ El 22 de agosto

91 Los rechazos por razones que incorporan la falta de indicadores de rehabilitación incluyen el caso del agente Betancourt, en 2015, rol 14265-2015 (CSJ); y el del agente José García Reyes, en 2018, rol 1688-2018 (Corte de Apelaciones de Santiago).

92 La reacción social incluía, por ejemplo, una mayor afluencia de manifestantes a la acción callejera de cada viernes que viene sosteniéndose desde casi dos años, en que un frente unido de diversas agrupaciones realiza una concentración a favor de la verdad y justicia en el centro de Santiago.

93 Con esta base, fue revocada una solicitud ya concedida en la Corte de Apelaciones a Luis Polanco, piloto de vuelos de la muerte. Polanco, liberado por orden de la Corte de Apelaciones el 17 de julio, fue en consecuencia detenido nuevamente el 9 de agosto. En el caso del agente Lander Uriarte, la Sala pidió a la Corte de Apelaciones antecedentes sobre posibles causas pendientes. Al recibir una respuesta negativa, la causa aparentemente se estancó, si bien a mediados de octubre se le concedió libertad condicional.

de 2018, algunos diputados de oposición anunciaron una acusación constitucional contra los ministros que habían emitidos las controvertidas concesiones. Si bien la acusación es una figura legítimamente utilizable por el Poder Legislativo para tales efectos, desde el punto de vista técnico-jurídico, bien podría considerarse no-procedente en el caso particular. La interpretación que la Sala hizo de la ley nacional existente es, a juicio del Observatorio y muchos otros analistas, errónea, impropia, inaceptable e incompleta. No considera ni principios de justicia básica, ni principios internacionales relevantes, entre ellos control de convencionalidad. Pero no por ello llega al umbral de “abandono de deberes” que una acusación de esta índole requiere.⁹⁴ La acusación, de prosperar, además habría removido de la Sala Penal tres ministros quienes, más allá de su actuar en esta materia, han demostrado algo de apertura a fallar conforme con principios de derecho internacional, en ratificar condenas a criminales de lesa humanidad y respetar el derecho a reparación por vía judicial (indemnización), así como en otras materias de derechos fundamentales. El peligro que dicho posible desenlace encerraba fue ilustrado cuando algunos sectores claramente promotores de la impunidad incluso contemplaban sumarse a la acusación, por apuntar a la remoción de jueces que ellos consideran “de izquierda”.

Fue llamativo además que, al núcleo de los impulsores de la acusación, conformado por quienes han actuado siempre con consecuencia y gran sacrificio contra la impunidad en todas sus formas y frentes, se sumaron sectores y actores políticos que jamás habían impulsado, apoyado, o priorizado la abultada y postergada agenda legislativa y administrativa pendiente en estas materias. De haberlo hecho, se podría haber resuelto este y otros problemas similares a su raíz, con acciones propias y privativas del Poder Legislativo y Ejecutivo en cuanto órganos colegisladores. En los hechos, la acusación, votada a mediados de septiembre de 2017, no prosperó. Es de esperar entonces que estos sectores sigan activos, más allá de la coyuntura que ofrece la posibilidad de figurar en la acusación, comprometiéndose con las decenas de tareas políticas pendientes en la materia.⁹⁵ Otras acciones contra los mismos fallos, fueron interpuestas por la AFEP. Respecto de cinco de los seis

94 El concepto de control de convencionalidad es desarrollado por la Corte Interamericana de DDHH en, y a partir de, su fallo contra Chile en el caso *Almonacid* (2006). Corte Interamericana de DDHH, s/f, Control de Convencionalidad, Cuadernillo de Jurisprudencia no. 7.

95 Ver *Informes* anteriores, sección Recomendaciones. El día 22 de agosto de 2018, los senadores Allende, Muñoz, Latorre, y Navarro introdujeron un proyecto ley, Boletín, 12.037-07 que “incorpora criterios estrictos para otorgar beneficios a condenados por delitos de lesa humanidad”. La propuesta agregaría un reglamento especial a la actual Ley 20.357, endureciendo los requisitos para beneficios y prohibiendo amnistía o indulto general.

beneficiados solicitaron la declaración de nulidad de los fallos, en razón de la asociación del abogado integrante Ricardo Abuauad con un bufete jurídico defensor de acusados en causas de DDHH. La acción, que debe ser resuelta por los cinco ministros titulares de la Sala Penal, sigue en curso al cierre de edición.⁹⁶ La AFEP también solicitó, en relación a la solicitud de libertad condicional interpuesta por Lander Uriarte, que el ministro Dolmetsch se inhabilitara, en base a sus dichos publicados en la prensa en 2016 aseverando que los condenados por causas DDHH tendrían “derecho” a la libertad condicional.⁹⁷

En lo que respecta al fondo del tema, es pertinente observar que las bases en que está edificada la nueva y a nuestro juicio muy objetable posición mayoritaria de la Sala no se limitan al criterio interpretativo de un grupo específico de ministros y abogados integrantes, ni tampoco solamente a la deficiente reglamentación de libertad condicional e inexistente sistema integral de supervisión de condenas en el país. Se suma a ellos la práctica de unificación de penas, que permite que notorios criminales de lesa humanidad con decenas o centenares de años de condenas en su contra, con o sin presidio perpetuo entre ellas, pueden, no obstante, argumentar que hayan cumplido más de la mitad, o más de dos tercios, de sus penas para efectos de postular a beneficios. Como hemos observado más arriba, la deficiente tipificación penal aplicable a la desaparición forzada, que la disfraz de ‘secuestro’, permite además que desaparecidos de personas reciban un trato favorable, pudiendo postular a libertad condicional antes de sus pares homicidas. Aquello configura un incentivo perverso a futuro a la perpetración de desaparición forzada, que va contrario a la obligación estatal de prevenirla.⁹⁸ También incentiva en la actualidad a que imputados que pueden tener información respecto del destino final de personas desaparecidas siguen manteniendo su pacto de silencio, siendo que, de lo contrario, arriesgan ser condenados por homicidio, alargando así el plazo mínimo que deben esperar antes de postular a beneficios. La falta de exigencias en el criterio interpretativo reciente de pruebas de colaboración efectiva post-sentencia, o de otros índices similares de arrepentimiento real, no hace más que fomentar esta dinámica perversa.

96 Se había llegado a etapa de acuerdo, pero esta fue suspendida el día 23 de agosto de 2018, pendiente la evacuación de un informe de parte del aludido abogado integrante (Rol N° 16.817-18).

97 Solicitud con rol de Ingreso 19042-2018. Escrito interpuesto por la AFEP, archivado con el Observatorio. Las declaraciones del Ministro Dolmetsch fueron reportadas en el sitio web de Radio Cooperativa, con fecha de 12 de noviembre del 2016, y aparecen citadas en el mencionado escrito. De no prosperar la solicitud de autoinhabilitación, se contemplaba solicitar su inhabilitación por implicancia (haber emitido un juicio previo), en referencia al Artículo 320 del Código Orgánico de Tribunales, que reza: “Los jueces deben abstenerse de expresar y aun de insinuar privadamente su juicio respecto de los negocios que por la ley son llamados a fallar”.

98 Contenido en la Convención Americana contra Desaparición Forzada e Involuntaria de Personas, de la que Chile es parte.

En el mediano plazo, la Sala Penal, como sea que quede configurada, tiene el ineludible deber de interpretar de manera acorde al derecho internacional el actual, y deficiente, estándar sobre libertades. Para ello sin duda se requiere mayor claridad sobre la operacionalización de la prohibición de impunidad, una que permite superar la aseveración simplista de la Sala reciente, en tanto insiste que donde hubo pena –por ínfima o ficticia que resulte ser– en consecuencia, no hay impunidad. Se necesita además estar atento a dinámicas generadoras o amplificadoras de la impunidad que son mucho más arraigadas y duraderas que la coyuntura de julio de 2018 en torno a libertades condicionales. Estas incluyen la real probabilidad y peligro, ya mencionado, de que la Sala Penal vuelve a estar favorablemente inclinada a la aplicación de prescripción gradual (ver *Informes* 2015 y ff.). La confluencia consecuente entre unificación de penas, prescripción gradual, el artificio del Tribunal Constitucional, y un estándar de concesión de libertades excesivamente benigno, sin duda configuraría un escenario desolador, constitutivo de impunidad de hecho y derecho.

La CIDH, por su parte, expresó su preocupación en relación al hecho, apelando al deber internacional de “absten(erse) de aplicar beneficios típicos de crímenes menos graves que puedan desvirtuar los efectos de las sentencias condenatorias”, y recalcando la necesidad de aplicar “requisitos más exigentes para casos de graves violaciones”. Recordó además que un correcto entendimiento de las finalidades de la pena agrega a sus fines legítimamente retributivos y rehabilitantes, los deberes de garantías de no repetición y la consideración de la afectación a víctimas y familiares, así como también a la humanidad misma, atendiendo así a la verdadera naturaleza y dimensión del bien jurídico lesionado.⁹⁹

3.2.7. Análisis de uno de los fallos de la Suprema que concede libertad condicional

En atención a la complejidad e importancia del debate sobre libertades condicionales que se levanta con el reciente actuar de la Corte, a continuación, presentamos un análisis ilustrativo, de la sección Vistos de uno de los fallos recientes. Se trata del fallo que concedió libertad al agente Portillo Aranda, con fecha del 30 de julio de 2018, Rol 16.821.18:

En Vistos 2º: la Corte recuerda que, como Portillo Aranda está condenado por secuestro calificado, y no por homicidio, solamente es necesario que haya cumplido más de la mitad de su pena (no dos tercios, como habría sido en el caso de que había sido condenado por homicidio)

99 Comunicado de Prensa de la Comisión Interamericana de DD.HH No. 185/18, 17 de agosto de 2018.

En Vistos 3º: la Corte rechaza la aplicabilidad de los términos del art 110 del Estatuto de Roma (que establece dos tercios de la pena como mínimo para postular a libertad condicional, y requiere temprana cooperación con la Corte), por ser aplicables solo internamente por la Corte Penal Internacional a quienes esta misma haya condenado. [Ello es correcto, si bien no se menciona que en parr. 1 del mismo artículo 110 del Estatuto, se estipula que la regla general debe ser que los condenados por crímenes de lesa humanidad cumplen la totalidad de sus penas]

En Vistos 4º: la Corte asevera que, de haber querido introducir requisitos similares a los de la Corte Penal Internacional al ordenamiento interno, la legislatura nacional habría incorporado expresamente a crímenes de lesa humanidad (CLH) al listado de crímenes más graves, a los cuales se aplica el umbral de dos tercios de la pena cumplida como condición para postular a beneficios, listado que aparece en el art 3 del DL 321, enmendado en varias oportunidades. También hace un contraste explícito ilustrativo con la modificación realizada el 22/2/2016 al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (ver Informe 2016). Esta modificación introdujo la necesidad de que quienes hayan sido condenados en contextos de violaciones a los DDHH solo pueden calificar para “los permisos de salida que dicho ordenamiento prevé” si han aportado “antecedentes serios y efectivos” para la resolución de causas.

Entonces se entiende que en el presente fallo la CSJ distingue entre libertad condicional, que es regulada solamente por el DL 321 y su reglamento (y que no ha sido modificado en lo que respecta específicamente a CLH); y “permisos de salida”, que serían los únicos beneficios afectados por la modificación del reglamento penitenciario realizado en 2016. El efecto es que la CSJ sostiene que una persona que no cumple los nuevos requisitos para que le sean concedidos permisos de salida, no obstante, sí puede recibir el beneficio “mayor” de libertad condicional. Ello, por estar esta última sujeta solamente a los requisitos más benignos del DL 321 de 1925, art 2º (en el caso de secuestradores) o art 3º (en el caso de homicidas). Dicha situación constituye sin duda un absurdo jurídico, siendo que claramente los permisos de salida son contemplados como pasos progresivos, que prueban y/o demuestran la aptitud del reo para la libertad mayor que significa, la concesión de libertad condicional. Esta interpretación además conlleva una contradicción con lo señalado a continuación, en el visto 5º:

En Vistos 5º: la Corte hace alusión a los estándares reiterados por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Desaparición Forzada (el mismo delito cometido por el perpetrador en el caso sub lite, bajo la figura de secuestro), y citados por el INDH, siendo el segundo de ellos, que, para considerar pertinencia de conceder beneficios, “debe considerarse la especial gravedad del delito”. No obstante, la CSJ acaba de

estipular que no ha considerado el delito de secuestro calificado como especialmente gravoso, al considerarlo regido solamente por el art 2º (requisitos ordinarios) y no el art 3º (requisitos endurecidos en el caso de crímenes más graves) del DL 321.¹⁰⁰ Al hacer esto, la CSJ incurre además en una incentivación perversa a la desaparición forzada por sobre el homicidio o ejecución extrajudicial, al establecer que es mucho más fácil cumplir los requisitos para libertad condicional siendo secuestrador, que siendo homicida.

En Vistos 6º: Se alude al fallo Corte IDH Barrios Altos v Perú, y la subsecuente resolución sobre cumplimiento, citando el cuestionamiento que la Corte IDH hace de la concesión “indebida” de beneficios. Luego asevera que, no obstante, este precepto no se contravendría aquí, porque la concesión actual otorgada por la CSJ es “debida”. La aseveración es declamatoria: no se fundamenta.

En Vistos 6º y 7º: Se hace referencia al “derecho” del condenado a reincorporarse a la sociedad.

Luego se sostiene que las actitudes, posturas y opiniones de los condenados mantienen y/o vierten frente a sus propios crímenes y las víctimas de estos, son de carácter “estrictamente personal”, no debiendo ser considerado como impedimento a la reintegración social. No obstante, es difícil entender cómo se puede considerar rehabilitadas –por tanto, aptas y/o merecedoras de ser reincorporadas en la sociedad– a personas que no manifiestan conciencia alguna de haber causado daño a sus víctimas o a la sociedad, y/o niegan incluso que la conducta en que incurrieron, constituía o constituye un delito; desafiando de paso la validez o el accionar de la misma Corte que ratificó sus condenas. (Aquellas situaciones de negación se constatan en la mayoría, sino en la totalidad, de los informes psicosociales vertidos en los casos aquí considerados). Se critica la validez de los informes psicosociales que la Comisión de Libertad Condicional utilizó como base para declarar no-cumplidos los requisitos para concesión, describiéndolos como el producto de apreciaciones “subjetivas” obtenidas en “un determinado momento”. No se explica de qué otro modo se podría o debería de realizar, para que la Corte los considere satisfactorios o pertinentes; ni se hace explícito que el ‘momento’ en que se realiza es, precisamente, el momento en que el condenado, al postular a libertad condicional, se declara rehabilitado y listo para volver a integrarse en la sociedad. (Ver, al respecto, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del 2 de agosto de 2018, Rol. 1688-2018, rechazo de libertad condicional a José Manuel García Reyes, en cuyo Visto y Teniendo Presente 9º,

100 Mas adelante en el fallo, la Corte argumenta que el haber reconocido la imprescriptibilidad e inamnestiabilidad son suficiente consideración de la especial gravedad del delito: ver Vistos 8º.

la Corte de Apelaciones alude a que, si no se le reconoce ningún peso a los elementos de calificación que aluden a la rehabilitación, se hace enteramente redundante la institución de la Comisión de Libertad Condicional). A continuación, la Corte evalúa que los ‘esfuerzos de correcta conducta’ que el condenado en cuestión habría realizado dentro del recinto penal le hacen merecedor de libertad condicional. Dada la deficiente actitud hacia sus crímenes que la Comisión de Libertad Condicional le reporta, se desprende entonces o que el reconocimiento de su crimen está siendo excluido de la definición de conducta correcta, o bien que la negación de su crimen puede ser, o es, contemplada por la Corte como una conducta correcta o al menos inobjetable.

En Vistos 8º: Considera que la gravedad del crimen ha sido suficientemente considerada al declararlo imprescriptible e inamnistiable, y/o en la fijación de la pena (cabe recordar que en el caso sub lite, dicha pena asciende a 5 años y 1 día, por la desaparición de una persona y el secuestro y tortura de otra).

En la sección Prevenciones: hace mención que el voto concurrente del ministro Künsemüller considera solamente necesario, como fundamento para conceder la libertad condicional, los “requisitos objetivos” exigidos por DL 321 art. 2º. Sin embargo, agrega que ha considerado además “la edad del solicitante”, y ausencia de otros fines rehabilitantes previsibles para su continua reclusión. Dicha opinión nuevamente descarta que la consciencia y el reconocimiento de su crimen sean fines propios a, o alcanzables por, el proceso rehabilitativo. Tampoco se entiende la alusión a la edad del condenado, siendo que edad no aparece referenciado en ninguno de los decretos u ordenamientos citados, ni figura entre los criterios objetivos, subjetivos u de otra índole considerados en las discusiones y fundamentaciones de ninguna de las instituciones cuyos pronunciamientos en la materia son examinados en el escrito. En lo particular, además, el recurrente tiene solamente 66 años (siendo, de hecho, el menor de los 5 condenados excarcelados por la misma Sala en la misma jornada).

Se divisa, sin duda, un descuido legislativo al no haber hecho extenso al DL 321, sobre libertad condicional, la modificación al Reglamento Penitenciario que fue realizada en 2016, con la manifiesta intención de parte del legislador de alzar el umbral para concesión de beneficios intrapenitenciarios de todo tipo, ante la comisión de graves delitos. Se introdujo, en consecuencia, una diferencia y un desequilibrio entre los requisitos para libertad condicional, por una parte, y para permisos de salida, a pesar de ser estos últimos, beneficios claramente menores y por lógica, anteriores. Además, se introduce y/o se mantiene un trato más favorable a perpetradores de desaparición forzada en comparación a perpetradores de ejecución extrajudicial. Ambos defectos requieren, urgentemente, ser subsanados por vía legislativa.

3.2.8. Proyectos de ley relevantes a libertad condicional y/o al destino de criminales de lesa humanidad

Existen diversos proyectos de ley actualmente en tramitación –la gran mayoría de ellos, adormecidos– tocante a libertad condicional y otros beneficios. Entre los que fueron introducidos durante el periodo del presente *Informe*, se incluyen el Boletín 11.569-07, presentado por el Ejecutivo el 16 de enero de 2018 (apenas seis semanas antes del cambio de administración).¹⁰¹ Haciéndose cargo directamente de los requerimientos del derecho internacional, llamaba a compatibilizar el respeto de los derechos de los condenados con el deber de no fomentar la impunidad, citando *inter alia* la Corte IDH: “sin excluir ninguna categoría de condenados, [los Estados deberán] ponderar la aplicación de (...) beneficios cuando se trate de la comisión de violaciones graves de derechos humanos, [...] pues su otorgamiento indebido puede eventualmente conducir a una forma de impunidad”.¹⁰² El proyecto concluía que, si bien en relación a beneficios no pesa la misma prohibición absoluta que impide la aplicación de eximentes, se requieren resguardos adicionales, entre ellos, la reafirmación y mayor desarrollo del denominado ‘criterio subjetivo’, es decir, todo lo que tiene que ver con la real conciencia en que el condenado demuestre lo aberrante que fue su conducta criminal. En lo concreto, el proyecto proponía instalar como regla general la ponderación de la gravedad del delito cometido, y en particular, que condenados por crímenes de lesa humanidad no pueden recibir indultos particulares, debiendo además aportar antecedentes, y mostrar arrepentimiento, para poder recibir lo que sería considerado un “beneficio”, y no un “derecho”. Como indicador de arrepentimiento –cuyo carácter de intangible ha sido aducido como un contrargumento a su utilización como criterio– se proponía, como mínimo, que el beneficiado se abstuviera a futuro de realizar acciones o manifestaciones públicas negando o contrariando lo declarado al momento de ser beneficiado, so pena de ver revocada su concesión. En relación a enfermedades terminales o psiquiátricas graves, se requería un informe certificante procedente del Servicio Médico Legal, además de un informe psicosocial favorable de parte de Gendarmería.

El proyecto ya contaba, al momento de su ingreso, con un informe bastante crítico de parte de la CSJ.¹⁰³ En él, el Pleno de la Corte insiste en que los beneficios deben concebirse como derechos; resiste la imposición del SML como único posible certificante de las condiciones médicas referidas; estima que en lo tocante a enfermedades terminales,

101 Mensaje 367-365, introduciendo el proyecto Boletín 11.569-07, “que modifica diversos cuerpos legales en lo relativo al cumplimiento de penas y medidas de seguridad.”

102 Corte IDH, *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú*, parr. 145. Cf. también fallo de cumplimiento de sentencia, caso *Barrios Altos versus Perú*.

103 CSJ Oficio N° 29-2018, Informe Proyecto Ley 3-2018, del 8 de febrero de 2018.

la inminencia de la muerte “debería ser causa suficiente para poner término a la prisión”; y caracteriza el arrepentimiento como “un estado afectivo del ánimo, propio de la psique (...) difícilmente escrutable”. El informe hace además la contrapropuesta de que “en vez de postularse reformas sectoriales”, es menester “una reforma orgánica completa al sistema de ejecución de penas que contemple la figura de un juez penitenciario”. Exige, asimismo, dictar “una Ley General de Ejecución Penitenciaria que permita atender, de mejor manera, la cuestión de la Libertad Condicional y las demás (...) herramientas previstas para fortalecer el objetivo de resocialización, claramente pendiente en nuestro país”. Fundamenta sus observaciones haciendo alusión a numerosos planteamientos similares hechos con anterioridad por el Tribunal, y deja entrever una clara impaciencia frente a una repetida falta de actuación de los poderes colegisladores en la materia, juicio del cual es difícil discrepar.¹⁰⁴ Hecha esta salvedad, el proyecto ofrecía algunas luces y sin duda habría constituido un avance respecto de la situación imperante. No obstante, si bien el proyecto está en teoría aún en primer trámite constitucional la fecha tardía de su ingreso, y la falta de urgencia con que siempre contó y hoy cuenta, hace bastante implausible que se materialice. En tanto, otro proyecto anunciado sobre regulación de beneficios a enfermos terminales y/o crónicos, así como el levantamiento del requisito de supervigilancia por Contraloría para la concesión de indultos particulares comentado arriba, en sección 1.3, augura más bien una intención de parte de las nuevas autoridades para ampliar la concesión de beneficios y salidas anticipadas a varias clases de reo.

De todos modos, el revuelo ocasionado por el –así llamado– ‘Supremazo’ sirvió, al menos, para agilizar la tramitación del proyecto sobre libertad condicional que más posibilidades tiene de convertirse en ley. El proyecto, boletín 10.696-07, fue ingresado el 18 de mayo de 2016, con origen en el Senado (senadores Araya, Espina, Harboe y Larraín). De ser aprobado, sustituiría el anticuado Decreto Ley 321. Fue enviado a fines del mismo año a una comisión mixta parlamentaria que, supuestamente, estaba trabajando para consensuar un texto, luego de verse rechazadas todas las modificaciones propuestas durante su discusión. No obstante, la comisión había dejado de sesionar durante tanto tiempo que incluso algunos de sus integrantes originales habían cesado en sus cargos de diputado. Mientras tanto, la “suma” urgencia, con que el proyecto había sido dotado, caducó. Recién en agosto, debido al hecho noticioso, volvió a activarse la comisión, con una nueva composición. Hacia fines de septiembre de 2018 resolvió, en votación dividida,

104 Haciendo mención ejemplificante de Informes anteriores de diversas fechas del 2016, recaídos inter alia en los Boletines 10.671-07 y 10.696-07.

con votos favorables de la oposición, una serie de exigencias aplicables a condenados por crímenes de lesa humanidad. Estos tendrán que haber cumplido dos tercios de la cuantía de su pena, mostrado cooperación efectiva en el esclarecimiento de los hechos por los cuales fueron condenados, y manifestado un público arrepentimiento por sus crímenes, para poder recibir el beneficio. Dichos requisitos fueron cuestionados por el ministro de Justicia, Hernán Larraín, quien impugnó que se exijan declaraciones públicas de arrepentimiento, argumentando que aquello no figura en el Estatuto de Roma ni en otras convenciones internacionales relevantes.¹⁰⁵ No obstante, los autores de la indicación defendieron la necesidad de rellenar los vacíos legales dejado por una ley actual que data de 1925, y no contempla, por tanto, los crímenes de lesa humanidad. De todos modos, sería importante en este nuevo escenario buscar una solución holista que repiense cada aspecto de la supervisión del cumplimiento de sentencias, y la activación de los propósitos rehabilitativos y/o punitivos de las penas.¹⁰⁶ De otra manera se arriesga cometer los mismos errores que en 2017, cuando se reformó el reglamento penitenciario para endurecer los requisitos para salida dominical y etc., sin atender a la vez a los requisitos para libertad condicional y/o reducción de penas (ver Ley 19.856).

El 20 de julio de 2018, el gobierno anunció la próxima presentación de una ley permitiendo la conmutación de penas de cárcel a presos con ciertas enfermedades y/o una vez cumplida determinada edad. El proyecto, que se caracterizó como motivado por humanitarismo y un “profundo compromiso con los derechos humanos”, procuraría permitir a cierta clase de reos cumplir el resto de sus penas bajo arresto domiciliario. Se planteó delegar la decisión en el Poder Judicial, en vez del Ejecutivo, y se enfatizó que no se trataría de indultar a la persona o disolver su pena, sino de cambiar las circunstancias de reclusión. Se prevé debates sobre el alcance del beneficio, en particular, si debería o no ser extensible a criminales de lesa humanidad actuales o futuros, y bajo cuáles condiciones.

3.3. Otros casos o hechos de particular connotación

En noviembre de 2017 se produjo la primera pena efectiva que la CSJ ha ratificado hasta la fecha contra un civil no-agente. Se trata de una

105 En efecto, los tribunales ad hoc (tribunales internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia) han sido cuestionados por el mismo tipo de prácticas judiciales aquí criticadas, es decir, por conceder de manera automática libertad condicional incluso a quienes luego se desdican, jactándose de sus crímenes y declarando que sus dichos ‘arrepentidos’ habían sido falsificados para efectos de obtener un trato favorable. J. Choi, 2014, ‘Early Release in International Criminal Law’, *Yale Law Journal* 123(6): 1784-1828.

106 Desde la Subsecretaría de DDHH, se nos señaló que el gobierno tiene en su agenda una propuesta para reformar la ejecución de penas, que sería trabajado desde el Ministerio de Justicia. Reunión 6 de agosto de 2018.

condena de 20 años a Juan Luzoro, ex dirigente camionero responsable junto a otros por múltiples asesinatos en la comuna de Paine. En diciembre, se ratificó una condena contra un ex conscripto quien mató a un compañero de armas disparándole por circular después del toque de queda. No obstante, el crimen fue clasificado como homicidio simple, y la pena impuesta fue no aflictiva. Ello demuestra una vez más que el sistema penal es plenamente capaz de discriminar entre los distintos niveles y tipos de responsabilidad y punibilidad que puedan corresponder, tanto a ex conscriptos, como a cualquier otra clase de agente. También en noviembre de 2017, la Corte de Apelaciones de Santiago condenó a 3 años (pena no efectiva) a un excarabiniro por secuestro simple en el caso de los ejecutados políticos Juan Bautista Cerda Lucero y Jorge Andrés Díaz López, en septiembre de 1973. El fallo, rol 94-2017, es notable porque en primera instancia el ministro Carroza había absuelto a los procesados, por considerar que no se podía comprobar la relación directa entre la detención ilegal de los dos hombres, y la posterior aparición de sus cuerpos en la morgue del Servicio Médico Legal. La Corte de Apelaciones concordó en que era necesario distinguir entre la detención y los homicidios, pero estimó que había antecedentes suficientes para preferir cargos de secuestro simple. A continuación, y en congruencia con jurisprudencia similar existente en causas por homicidio, se ratificó que es posible consignar un delito como de lesa humanidad aun cuando tenga la calificación de simple (y no calificado). También se reconoció la vigencia de normas internacionales de *ius cogens*, independientemente de si su contenido haya sido explícitamente reconocido y ratificado por Chile en una fecha posterior.

En mayo de 2018 se dio a conocer un testimonio directo, de un involucrado, sobre lo que sería el primero de los así-llamados ‘vuelos de la muerte’, en que personas vivas eran lanzadas, amarradas, al mar. Juan Orellana Bustamante, ex suboficial y mecánico de helicóptero, informó sobre un vuelo realizado en octubre de 1973 por un helicóptero “Puma”, desde el cual tres detenidos fueron arrojados a las aguas. Los perpetradores señalados por Orellana incluirían a Emilio de la Mahottiere, a quien la Corte de Apelaciones de Santiago alentó en agosto sus aspiraciones a libertad condicional, al ordenar a la comisión de Punta Peuco reconsiderar su negativa a concederle el beneficio. También incluyen a Miguel Krassnoff, cuyo abogado defensor señaló en agosto 2018 que estaría considerando apelar para temprana excarcelación a pesar de estar condenado a centenares de años de cárcel. En junio de 2018 se concretó el fin del *Caso Riggs*. La CSJ determinó que los bienes de Pinochet incautados durante su investigación por fraude y evasión de impuestos serán rematados por el Estado, siendo el Fisco, y no la familia del difunto exdictador, el destinatario de un eventual patrimonio

de más de US\$13 millones. El caso, en algún momento investigado por el ministro Carlos Cerda, logró establecer que Pinochet –ayudado por familiares y asesores– logró desviar de forma ilícita al menos US\$ 6.466.406 de gastos reservados a cuentas bancarias el extranjero, bajo nombres falsos.

3.4. Causas con dimensión internacional

El 12 de julio de 2017 la CSJ declaró procedente solicitar a Estados Unidos la extradición del ex oficial de Ejército en retiro Armando Fernández Larios, procesado en Chile por los delitos de secuestro agravado y homicidio calificado de Manuel Sanhueza Mellado, en Pisagua, a partir del 10 de julio de 1974 (rol 11.474-2017). Fernández Larios ha sido vinculado con numerosas otras causas, y en agosto de 2018 se amplió la petición respecto de 26 víctimas de la Caravana de la Muerte, episodio Calama.¹⁰⁷ En octubre de 2017, la CSJ solicitó a Argentina la ampliación de la extradición del ex oficial chileno, Carlos Herrera Jiménez, actualmente cumpliendo presidio perpetuo en Chile. La ampliación permitiría que sea juzgado también por torturas cometidas en Pisagua. A pesar de la nueva investigación en su contra, además de su condena de reclusión perpetua, en 2018 Herrera Jiménez presentó un recurso pidiendo libertad condicional por “encontrarse cumplida la pena”. Es técnicamente permitido que quien cumple presidio perpetuo solicite beneficios una vez cumplidos 20 años de reclusión, pero solamente si no tiene otras penas o causas pendientes. La solicitud fue, por tanto, debidamente rechazada por la Corte de Apelaciones y la CSJ. Sin embargo, Herrera insistió, ingresando una solicitud *sui generis*, exigiendo libertad inmediata. Esta solicitud también fue debidamente rechazada, el 22 de agosto de 2018.¹⁰⁸ El 19 de febrero de 2018, en fallo unánime (causa rol 45.623-2017), la Corte Suprema estableció que es procedente solicitar a Estados Unidos la extradición de Carlos Humberto Minoletti Arriagada, condenado a 5 años y un día como autor de la exhumación ilegal de 26 personas ejecutadas por la Caravana de la Muerte en Calama. El ex militar actualmente reside en la ciudad de Miami. La sentencia establece que, si bien el delito de exhumación ilegal no está explícitamente referido en el tratado bilateral de extradición entre Chile y Estados Unidos, suscrito en 1900, la solicitud es procedente según los principios generales del derecho internacional, como lo preceptúa el artículo 637 del Código de Procedimiento Penal.

En abril de 2018, representantes del Ministerio de Justicia alemán y de la fiscalía de la ciudad de Krefeld, Alemania, viajaron a Chile. Se reunieron con el ministro Mario Carroza y el ministro Hernán

107 Rol. 11.990-2018, 8 de agosto de 2018.

108 Rol 20.438-2018.

González, de la Corte de Apelaciones de Talca. La delegación tuvo por objeto conocer las investigaciones nacionales de miembros de la ex Colonia Dignidad, contra quienes también hay causas abiertas en Alemania. No obstante, a principios de octubre de 2018 se dio a conocer la negativa definitiva de los tribunales alemanes a encarcelar o a conceder la extradición de Hartmutt Hopp, el fugado ex jerarca de la Colonia, estrecho colaborador del difunto fundador de la secta, el pedófilo Paul Schaeffer. Hopp se escapó de Chile mientras supuestamente se encontraba bajo vigilancia policial. Si bien Hopp tiene pasaporte alemán, y Alemania tiene una política casi invariable de no conceder la extradición de sus nacionales, tampoco se aceptó la solicitud realizada desde Chile de que Hopp cumpliera en Europa la pena de cárcel impuesta en su contra por los tribunales chilenos. También en abril, se inició en Italia el juicio *in absentia*, en segunda instancia, de 27 ex militares vinculados a la Operación Cóndor en Chile, Bolivia, Perú y Uruguay. Se investiga el asesinato o desaparición de ciudadanos italianos.

3.5. Agentes (perpetradores)

Además de las estrategias dilatorias detalladas arriba, en la sección sobre el Tribunal Constitucional, los agentes condenados y presos se ocupan de diversas tácticas adicionales buscando mayores beneficios y/o procurando tener sus causas o recursos vistos por salas o tribunales que estiman más favorables a sus intereses. Estas tácticas incluyeron recursos de protección contra la denegación de beneficios menores,¹⁰⁹ y disputas que buscan influir sobre la sede en que se verá determinado procedimiento o recurso. A modo de ejemplo, el 27 de febrero de 2018, la Corte de Temuco se declaró incompetente para conocer recursos de apelación deducidos en contra de un fallo condenatorio dictado por el ministro Álvaro Mesa, por homicidios perpetrados en Puerto Montt, en 1973. En fallo unánime, la Corte estableció que la vista del recurso correspondía a la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Se trata de una de varias causas cuya sede de tramitación ha variado gracias a la reasignación de causas entre ministras y ministros en visita, para asegurar una más expedita resolución. La estrategia de los abogados defensores ha sido la utilización de estos cambios para argumentar que sus clientes hayan sido desfavorecidos.

En marzo, José Aravena Ruíz, interno de Punta Peuco, presentó un recurso de protección contra una resolución dictada por el ministro en visita Mario Carroza que le denegó cumplir su pena en reclusión

¹⁰⁹ Ver, *inter alia*, fallo rol 2490-2018, de abril, en que la Sala Constitucional de la Corte Suprema descartó actuar arbitrario del Tribunal de Conducta de Punta Peuco por haberle negado salida dominical al interno Hernán Alejandro de la Fuente Iribarra; o rol 14.454-2018, en que la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó un recurso de protección del ex militar Lander Mickel Uriarte Burotto procurando salida dominical.

domiciliaria. En fallo dividido (causa rol 843-2018), la Sala Constitucional de la CSJ confirmó, el 20 de marzo, la decisión impugnada, tras establecer que en Chile no existen normas que permitan el cumplimiento de penas en régimen domiciliario basándose solo en la edad del condenado. Una semana más tarde, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de protección presentado por otro interno de Punta Peuco, Fernando Lauriani, que buscaba conseguir un computador para usar en los estudios de magister que se encuentra cursando en la Universidad Católica del Norte. El 12 de abril, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó un recurso de protección presentado por el agente condenado y preso Enrique Erasmo Sandoval Arancibia, en contra de Gendarmería por no poseer un servicio permanente de ambulancia para trasladar a presos de Punta Peuco (rol 8.817-2018).

3.5.1. Presos: números, lugares y condiciones de reclusión

Como ya se ha mencionado, ya no contamos con información confiable y directa, publicada por el Estado, sobre los números exactos, y lugares de reclusión, de ex agentes cumpliendo penas por crímenes de lesa humanidad. Solo sabemos que siguen diversificándose los recintos utilizados, pasando a ocuparse una unidad especial dentro de Colina I como alternativa a Punta Peuco.¹¹⁰ El mapeo real de penas y su cumplimiento es información vital para poder hacer estudios comparados en el tiempo. Asimismo, para alimentar debate legítimo sobre la finalidad de las penas en estas causas, estimamos que debería de ser prioritario establecer una fuente oficial y pública que de cuenta de estos datos, y permita monitorear nuevas encarcelaciones, concesiones de beneficios, etc. Esta información no constituye, como erróneamente a veces se ha sostenido, información privada, personal o sensible, cada vez que la justicia penal, y las sentencias correspondientes, se imponen a nombre de la comunidad completa, y el principio de su publicidad es vital para el cumplimiento pleno de su fin disuasivo, así como para garantizar el buen trato y el correcto actuar del Estado. Al conocer las fechas reales de excarcelación de criminales de lesa humanidad, se podría además calcular cuáles han sido las penas realmente cumplidas, en comparación con las cuantías fijadas en el momento de la sentencia.

3.5.2. Sentencias condenatorias

Dentro del periodo del presente *Informe* (julio de 2017 hasta junio de 2018), la Corte Suprema dictó 31 sentencias penales, con 102 condenas. De estas 102 condenas, 67 (67%) dieron como resultado final

¹¹⁰ Existen además cifras difundidas en reportes de prensa como, por ejemplo, *Cambio 21*: "Las Millonarias pensiones de los 91 condenados de Punta Peuco", edición 25 de abril al 1 de mayo de 2018, pp. 6-8.

una sanción efectiva de cárcel. En tanto, 35 de las condenas permitían cumplimiento alternativo (penas no aflictivas). Se aprecia así una disminución en el porcentaje de penas efectivas en comparación con el *Informe 2017* (en que 84% de las penas impuestas eran efectivas), lo cual representa un retroceso en la búsqueda de una mayor proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena. En tanto, 68 de los 78 individuos afectados por el total de 106 condenas y absoluciones dictadas, recibieron por lo menos una condena, si bien solamente 67 de ellos recibieron al menos una condena aflictiva (de cárcel). El número de absoluciones bajó de manera significativa, de 44 (periodo *Informe 2017*) a cuatro en el periodo *Informe 2018*. A la vez, el total de 78 ex agentes afectados por los procesos representa una disminución del 50% en el número de individuos con causas resueltas en el tribunal superior, si se compara con el periodo *Informe 2017*, en que fueron 155 las y los agentes involucrados en estos procesos.

Cuadro 3: Condenas y condenados en fallos definitivos por la Corte Suprema en causas por violaciones a los derechos humanos cometidas entre 1973 y 1990, comparados entre ocho periodos del Informe.

	Julio 2010 - junio 2011	Julio 2011 - junio 2012	Julio 2012 - junio 2013	Julio 2013 - junio 2014	Julio 2014 - junio 2015	Julio 2015 - junio 2016	Julio 2016 - junio 2017	Julio 2017 - junio 2018
Número de procesos finalizados en la Corte Suprema	23	18	4	12	44	58*	55**	37**
Total de absoluciones	12	12	0	10	26	10	44	4
Total de condenas	84	49	11	49	159	122	212	102
Número de estas condenas imponiendo pena efectiva de cárcel	34	13	5	18	132	81	179	67
Número de estas condenas permitiendo cumplimiento alternativo	50	36	6	31	27	41	33	35
Total de agentes involucrados en estos procesos	64	48	11	53	103	98	155	78
Número de estos agentes condenados en por lo menos una causa	52	40	11	43	73	88	127	68

* 16 de ellos en materia civil.

** 6 de ellos en materia civil.

Cuadro 4: Concesión de atenuantes y beneficios en fallos definitivos de la Corte Suprema en causas por violaciones a derechos humanos cometidas entre 1973 y 1990, comparada entre seis períodos.

Clasificación	Tipo de atenuante o beneficio	Número de Aplicaciones (*)							
		Julio 2010 - junio 2011	Julio 2011 - junio 2012	Julio 2012 - junio 2013	Julio 2013 - junio 2014	Julio 2014 - junio 2015	Julio 2015 - junio 2016	Julio 2016 - junio 2017	Julio 2017 - junio 2018
Atenuantes	Prescripción gradual (art. 103 CP)	70	30	6	22	22	28	0	0
	Irreprochable conducta anterior (art. 11 no. 6 CP)	83	36	8	41	122	7	139	0
	Colaboración sustancial (art. 11 no. 9 CP)	s/d	s/d	s/d	4	6	0	8	0
	Fuerza irresistible o miedo insuperable (art.10 no 9 CP)	s/d	s/d	s/d	s/d	3	0	0	1
	Huida o desobediencia (de la víctima) ante intimaciones de detenerse (art. 411 CJM**)	s/d	s/d	s/d	s/d	1	0	0	0
	Obediencia debida (art. 214 CJM)					2	0	3	0
Beneficios	Libertad vigilada	45	30	6	17	14	36	15	34
	Remisión condicional	5	8	0	10	9	4	14	1
	Entregado a la custodia de un pariente, por enfermedad	s/d	s/d	s/d	s/d	1	0	1	0

s/d = sin datos

* A individuos (por cuanto pueda haber múltiples aplicaciones dentro de un mismo fallo).

** Código de Justicia Militar

Fuente: Elaboración propia, con datos de fallos judiciales.

3.5.3. Agentes fallecidos

El ex funcionario en retiro de la Fuerza Aérea de Chile Carlos Alberto Rey Cortés se suicidó el 17 de octubre de 2017, en su domicilio, momentos antes de que la Brigada de Derechos Humanos de la PDI lo detuviera por el homicidio de Arturo Díaz Jiménez. El 26 de octubre de 2017 falleció en el Hospital Militar de Santiago el exgeneral Francisco Martínez, condenado a 10 años 1 día en Punta Peuco por el secuestro de ciudadanos uruguayos. El 3 de diciembre de 2017 falleció, a los 71 años, Basclay Humberto Zapata Reyes, alias el “Trogló”, exagente de la DINA y parte de la Agrupación Halcón de ese organismo represivo.

El excarabinero Marcelo Castro, falleció el 9 de diciembre a los 72 años, condenado a 20 años, desde septiembre de 2016, por el secuestro calificado de campesinos en el caso Lonquén. El 8 de marzo de 2018 murió el exgeneral de la FACH, Enrique Ruiz Bunger, condenado por asociación ilícita y secuestro calificado. Ruiz, de 93 años, estaba internado en el Hospital Clínico de la Fuerza Aérea. El 7 de abril de 2018 falleció el excoronel del Ejército, René Cardemil, quien había solicitado un indulto presidencial (ver arriba). El 22 de agosto falleció en el Hospital Militar, a los 91 años, el excoronel Sergio Arredondo González, otrora brazo derecho del exgeneral Sergio Arellano Stark, y también condenado por el caso *Caravana de la Muerte*. Según su abogado, había solicitado el indulto presidencial en marzo sin recibir respuesta. El 9 de septiembre de 2018 falleció, en Punta Peuco, el exsuboficial de Carabineros Pedro Hormazábal, quien cumplía una pena de cinco años y un día por la muerte de Raúl Muñoz.

3.5.4. Agentes prófugos

El exagente Reimer Kohlitz, quien permanecía prófugo de la justicia por dos años, fue detenido por carabineros en noviembre de 2017 en un operativo antinarcoóticos llevado a cabo en la frontera norteña. Kohlitz aparentemente intentaba ingresar drogas ilícitas a Chile. En el mismo mes, la PDI elaboró y publicó un listado de los siete prófugos más buscados por causas de crímenes de lesa humanidad. De ellos, el único que a la fecha de cierre de edición aparecía en el listado general de prófugos publicitado por la institución, calificado como “persona peligrosa”, fue Ricardo Lawrence Mires, condenado en numerosas causas.¹¹¹ La Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP, así como otras organizaciones de DDHH y sitios de memoria, impulsa campañas activas promoviendo que la ciudadanía colabore con información sobre el paradero de estos criminales.

3.5.5. Agentes civiles

En la medida que avanza el universo de causas se percibe una mayor aparición entre los procesados y condenados de agentes civiles, así como de civiles que actuaron como cómplices o coautores de crímenes de lesa humanidad, sin ser agentes (ver la condena a Luzoro, en el caso Paine, arriba). Así, durante el periodo del *Informe* se produjo un hecho inédito cuando la Corte de Apelaciones de Concepción decidió procesar a cuatro civiles por la ejecución de 19 personas en Laja, región del Biobío. Entre ellos figuran dos funcionarios y el exjefe de seguridad de la empresa papelera, CMPC, donde varias de las víctimas eran trabajadores.

111 <http://www.pdichile.cl/pdi-busca/prófugos>.

3.5.6. Causas relacionadas con Juan Emilio Cheyre

El excomandante en jefe del Ejército se encuentra procesado en uno de los episodios de la Caravana de la Muerte, una causa cuyo fallo de primera instancia se espera pronto. También se encuentra bajo investigación en una querrela por el delito de torturas, interpuesta por dos sobrevivientes por hechos ocurridos en octubre de 1973 en el ex regimiento Arica de La Serena. En el periodo del presente *Informe* se realizaron nuevas diligencias y careos en esta segunda causa, que se encuentra en etapa de sumario, en el transcurso de las cuales trascendió que la firma de Cheyre aparece en la documentación de al menos 26 Consejos de Guerra de la época. Hacia fines de 2017, el exmilitar se acercó a la exVicaría de la Solidaridad, hoy FUNVISOL, para pedir una certificación de si los archivos de la época de la institución contenían mención alguna de su nombre en conexión con crímenes represivos. La emisión de una carta, a solicitud del general en retiro, generó diferencias de opinión dentro de la emblemática entidad cuyo desenlace incluyó la renuncia de María Luisa Sepúlveda.

3.5.7. Pensiones de militares condenados

El Ministerio de Defensa entregó un oficio al Senado en septiembre de 2017 nombrando a los 53 exagentes procesados (27) o condenados (26) por crímenes de lesa humanidad, quienes a la fecha de julio 2017 estaban recibiendo a la vez pensiones de invalidez. El listado detallaba, además, el monto de la jubilación pagada por el Estado a los 53 exagentes: un total de más de \$79 millones (USD 131.666) al mes. El exteniente coronel del Ejército Erich Silva Reichart, cumpliendo cinco años de presidio por la Operación Albania, fue quien recibía el mayor monto: algo más de \$4 millones (USD 6.666) mensuales. Le sigue el excoronel Roberto Ampuero Alarcón, condenado por secuestros y homicidios en Pisagua, quien recibe una jubilación de \$3,6 millones (USD 6.000). Figura en la lista el desaforado diputado de RN Rosaura Martínez, quien recibe \$1,2 millones (USD 2.000). En el mismo mes, septiembre 2017, el programa de investigación Informe Especial, de TVN, dedicó un episodio al tema, enfocándose en exmiembros de la DINA o CNI, los cuales reciben jubilaciones aumentadas por declarar alguna incapacidad de salud. En mayo de 2018, la Fiscalía Centro Norte inició una investigación por presunto fraude al fisco, en relación al otorgamiento de esta clase de pensión por la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (Capredena) a exfuncionarios de las Fuerzas Armadas. El CDE se querelló contra cuatro reos de Punta Peuco por su recepción de dichas pensiones. En tanto, una nota del periódico *Cambio 21* sobre las pensiones militares regulares cobradas por criminales de lesa humanidad, revelaba unos montos mensuales que promediaban \$1.618.459, con el total más alto superior a los 3 millones de pesos

al mes, percibido por el exfiscal militar Fernando Torres Silva desde 1999.¹¹² Se informa desde el Ministerio de Justicia y DDHH que no está en la agenda del gobierno tomar medidas al respecto, a pesar de la desconformidad expresada por el entonces candidato Sebastián Pinera cuando se le consultó sobre el tema.

3.6. Actores e instituciones claves en justicia transicional

3.6.1. Unidad Programa de DDHH

Hemos reportado arriba la suspensión de la secretaria ejecutiva de la Unidad Programa de DDHH, por un sumario administrativo. La medida ocurrió después de que numerosos trabajadores del organismo hicieron pública, en enero de 2018, una denuncia acusando tratos vejatorios, y calificando de arbitrarios despidos en la institución que afectaron, entre otros, al exencargado de trabajo social y del área de memoria, Cristian Flores, con una larga y reconocida trayectoria en el organismo. María Soledad Silva, exprofesional del Consejo de Monumentos Nacionales, asumió la dirección del área de memoria, la cual ahora comprende el trabajo del equipo dedicado a investigación de antecedentes sobre desaparición. Dicho equipo entregó a principios de año un avance parcial de su estudio preliminar sobre la llamada “Operación Retiro de Televisores”, informe que constituyó la base de la querrela presentada a fines de febrero acusando a 16 ex agentes por exhumación ilegal y asociación ilícita para cometerla, y quienes resultasen responsables. La querrela es por crímenes cometidos en Cuesta Barriga, Paine, Colonia Dignidad, Mulchén, Panguipulli, Chihuío, Calama, Linares, Peldehue y Constitución. Fundamenta la vigencia de la acción penal en el carácter de crímenes de guerra o de lesa humanidad de los delitos de los cuales la exhumación ilegal formó parte, con referencia al “derecho inalienable” que el Estado de Chile les habría reconocido a las y los familiares, y a la sociedad en su conjunto, “a ubicar el paradero de las personas desaparecidas y obtener un adecuado esclarecimiento de las circunstancias que rodearon sus desapariciones”. En relación a su declaración de que “la sola interposición de esta querrela es ya una forma concreta de avanzar en términos de justicia”, es preciso señalar que si bien es cierto que las obligaciones estatales en materia de desaparición forzada son de medios y no de resultados,¹¹³ la mera presentación de una querrela no constituye en sí un aporte a procurar justicia oportuna y eficaz. Una acción interpuesta varias décadas después de la comisión de un crimen difícilmente califica de oportuna, mientras que

112 *Cambio 21*: “Las millonarias pensiones...” op.cit.

113 Es decir, su cumplimiento no se condiciona indefectiblemente en el hallazgo y restauración de la persona o sus restos, sino en haber agotado todos los esfuerzos razonables y necesarios para dicho efecto.

su eficacia será medida por la realización de esfuerzos posteriores hacia el esclarecimiento de los crímenes y el juzgamiento de sus responsables.

3.6.2. Servicio Médico Legal (SML)

El 1 de junio de 2018 falleció el médico Patricio Bustos, cuya larga trayectoria como servidor público incluyó casi una década encabezando el SML (2007 a 2016). Destacó por su compromiso en identificar a detenidos desaparecidos, y en general en perfeccionar y mejorar la mirada transversal a la promoción de derechos dentro del organismo. El médico cirujano de la Universidad de Chile fue militante del MIR durante la década de los setenta, convirtiéndose en sobreviviente de la Villa Grimaldi y pasando tiempo en el exilio. Dedicamos la presente sección del *Informe* a su memoria, agradeciendo la disposición que siempre tuvo para con el Observatorio con el fin de difundir y explicar el trabajo del SML, y a participar en nuestros eventos.

Durante el periodo, se realizaron, como siempre, múltiples diligencias solicitadas por las y los ministros en visita a los equipos técnicos de peritaje de la UEIF y otras partes del Servicio. En total, la UEIF reporta unas 27 intervenciones en terreno hechas durante el periodo del *Informe*, cada una demandando un gran despliegue de personal y recursos, a veces en terrenos inhóspitos y de difícil acceso. Diecisiete de las intervenciones eran exhumaciones realizadas para verificar identidad y/o reevaluar causa de muerte (15 casos) o bien, para restituir a familias, restos hasta el momento enterrados en memoriales colectivos (dos casos). Una intervención resultó en el descarte de un reporte de posible hallazgo de restos; dos más procuraban la toma de muestras póstumas de referencia, y las otras siete eran inspecciones preliminares y/o excavaciones adicionales en sitios ya identificados. En materia de identificación, se realizaron un total de 15 determinaciones de identidad, todas de hombres. Tres de ellas, respecto de víctimas calificadas, están aún en proceso de notificación a través de las y los ministros respectivos, por cuanto no corresponde todavía el anuncio público de los nombres de las personas. De las 12 personas restantes, tres eran de personas enterradas como NN en la época de la dictadura, pero cuyos casos no fueron calificados por las Comisiones Rettig o Valech. Su identificación ha sido fruto del trabajo innovador y coordinado del SML con el Servicio de Registro Civil, analizando informes de autopsia de la época y los registros de huellas dactilares asociados. El resultado solamente enfatiza la importancia de la comisión de calificación permanente que el Ministerio de Justicia y DDHH aparentemente ha descartado crear. Dicha comisión, además de permitir dimensionar correctamente la violencia fatal desatada por la represión dictatorial, posibilitaría el reconocimiento de los correspondientes derechos de reparación a las y los familiares de víctimas recién calificadas. De momento, no existe

forma de que los jóvenes Ricardo San Martín Fuentealba, Ricardo De la Jara Frez, y Oscar Vivanco Castro, ninguno con militancia política conocida, todos desaparecidos y —ahora sabemos— asesinados entre el 11 y el 13 de septiembre de 1973, sean correctamente considerados y conmemorados entre el trágico saldo humano de la violencia desatada por el golpe militar.

Varias de las búsquedas mencionadas fueron realizadas en cementerios municipales, utilizados durante la dictadura para ocultar cuerpos bajo identidades falsas o ‘NN’, o bien para enterrar a víctimas con falsos informes de autopsia ocultando las verdaderas causas de su muerte. Se trabajó, *inter alia*, en los cementerios de Papudo, Ñuble, y Playa Ancha de Valparaíso. Una intervención realizada en Playa Ancha, en junio de 2018, procuraba explorar un sitio señalado por testigos, y por otros antecedentes, como posible lugar de entierro clandestino del exsacerdote Miguel Woodward, detenido desaparecido desde el buque Esmeralda desde 1973. La intervención, impulsada por la agrupación Amigos de Miguel Woodward, iba a tomar lugar más temprano en el año, pero fue aplazado debido a preocupaciones sobre la necesidad de resguardar tanto sus fines técnicos y probatorios, como el principio reparatorio de que es el Estado quien debe proveer y costear todos los elementos y atenciones necesarias. Finalmente se trabajó durante una semana, con ejemplar cooperación y respeto entre profesionales de los varios servicios involucrados, las autoridades del cementerio, acompañantes del PRAIS y la Unidad Programa de DDHH, y las y los activistas y defensores de DDHH locales. Estos últimos mantuvieron una presencia y vigilia permanente en el perímetro del sitio, realizando además acciones de memoria y concientización en las fechas aledañas. Si bien la intervención no produjo hallazgos, se cuenta con antecedentes adicionales y la investigación sigue en pie. El episodio puso en relieve la importancia de la colaboración activa de los cementerios municipales: el de Playa Ancha, dirigido en la actualidad por quien anteriormente se desempeñaba a cargo del Museo de Solidaridad Salvador Allende, ha hecho grandes esfuerzos de colaboración proactiva, suspendiendo la reducción de sitios de entierro de la época de la dictadura y abriendo una área de archivo que da cuenta del papel fundamental de los camposantos en la historia social de Chile, incluso, en la memoria histórica de la época de represión dictatorial. Este hecho también subraya la importancia de grupos de activistas como el de los Amigos de Miguel Woodward, en mantener viva la memoria y en interpelar a las autoridades en búsqueda de verdad y justicia. El grupo, junto con otros en el puerto, ha realizado numerosas intervenciones corajudas y creativas en una ciudad en que la Armada aun cuenta con gran poder social. En mayo de 2018, intervinieron ante los capitanes de los “Buques Escolares”, veleros pertenecientes a las Armadas de toda América Latina,

que asistían a la actividad “Velas Latinoamérica 2018”. Presas políticas sobrevivientes de tortura entregaron a cada capitán, una carta contando la verdadera historia del buque Esmeralda, usado como recinto de detención y exterminio por la Armada de Chile después del golpe de Estado. Los mismos grupos insistieron en manifestarse pacíficamente durante los desfiles del 21 de mayo, a pesar de la represión policial ilegal que se les aplicó en 2017 (ver *Informe 2017*).

3.6.3. Las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública

Un reportaje publicado por *El Mostrador*, en septiembre de 2017, informó sobre una ONG constituida por exuniformados para apoyar a sus pares acusados de crímenes atroces, esquivando así la prohibición institucional que pesa en contra del uso de fondos y apoyos institucionales castrenses para dichos fines. La multigremial de ex uniformados defiende su situación previsional, hace lobby con parlamentarios y, además, aboga por quienes están condenados y presos.¹¹⁴ En el mismo mes, excomandantes en jefe de las FFAA alegaron una supuesta “discriminación” hacia ex uniformados, en una carta titulada “Septiembre, Fuerzas Armadas y Carabineros”, publicada en *El Mercurio* a principios de septiembre de 2017. La carta trae la firma de dos ex comandantes en jefe del Ejército (Óscar Izurieta y Juan Miguel Fuente-Alba); cinco ex comandantes en jefe de la Armada (Jorge Arancibia, Miguel Vergara, Rodolfo Codina, Edmundo González y Enrique Larrañaga); cinco ex comandantes en jefe de la Fuerza Aérea (Fernando Rojas, Patricio Ríos, Osvaldo Sarabia, Ricardo Ortega y Jorge Rojas) y tres ex generales directores de Carabineros (Fernando Cordero, Eduardo Gordon y Gustavo González). En ella, se llama a ‘buscar consensos’, presumiblemente en el espacio de la justicia penal, ámbito en que no es apto ni apropiado que terceros propongan la realización de acuerdos y acomodaciones. Tampoco su acción se condice con las palabras del actual comandante en jefe del Ejército, General Oviedo, quien en una entrevista realizada en el mismo mes sostuvo que el Ejército ha colaborado con los requerimientos de la justicia y que “los procesos de reconciliación son con verdad y justicia”.¹¹⁵ A lo largo del año, además, en medio de múltiples escándalos financieros sobre corrupción en las filas castrenses y policiales, trascendieron diversos hechos lamentables, detallados arriba, en que las mismas instituciones aparentemente permitían o fomentaban homenajes a criminales de lesa humanidad.

114 *El Mostrador.cl*: “Operación Impunidad: cómo se organiza el mundo militar en retiro para apoyar a los violadores de derechos humanos”, 20 de septiembre de 2017.

115 *La Tercera*: “General Oviedo: ‘No tenemos ningún requerimiento pendiente de DD.HH.’”, 11 de septiembre de 2017.

4. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Por 53 votos a favor y 31 en contra, la Cámara de Diputados aprobó en noviembre de 2017 un proyecto de acuerdo pidiendo el retiro del espacio público de aquellos monumentos que exalten la figura de personas que formaron parte de la junta militar, entre 1973 y 1989. La iniciativa también busca cambiar las denominaciones de espacios situados en lugares considerados Bienes Nacionales, cuyos nombres actuales también rinden homenaje a la dictadura o sus máximas autoridades. Los proyectos de acuerdo, si bien señalan el parecer o sentir del Legislativo, no son vinculantes a no ser que sean transformados posteriormente en políticas públicas o proyectos ley que logren ser aprobados. La prohibición del enaltecimiento de figuras dictatoriales está consagrada por ley en muchos países, entre ellos España, donde en agosto de 2018 se anunció que los restos del difunto dictador Francisco Franco serán exhumados y reubicados desde su actual lugar de honor en el Valle de los Caídos. Ejemplos de solicitudes de cambio incluyen la petición de organizaciones sociales de El Maule al Ministerio de Justicia, en septiembre de 2017, de un cambio del nombre de la plaza ‘Capitán General Presidente de la República Augusto Pinochet Ugarte’, en Linares. En abril de 2018 el municipio de Iquique aprobó el cambio de nombre que desde el régimen militar llevaba la plaza Lucía Hiriart, ante la solicitud de una junta de vecinos. En la región de Aysén aún existe señalética en la Carretera Austral que incluye, como parte de su nombre, la leyenda ‘General Augusto Pinochet Ugarte’.

En mayo de 2018, una exposición en el Museo Histórico Nacional, asociando la cara del ex dictador Augusto Pinochet con una frase suya alusiva a la libertad, provocó una polémica que culminó en el despido de su director. Luego de reclamos, la muestra, que citaba la frase: “la gesta del 11 de septiembre incorporó a Chile en la heroica lucha contra dictadura marxista de los pueblos amantes de la libertad”, fue cancelada. En parcial respuesta, una serie de foros convocados por diversas instituciones académicas discutió, bajo el título “Representaciones de la historia reciente y perpetradores en museos del Estado”, las implicancias éticas, artísticas y museográficas de representar a los perpetradores de crímenes de lesa humanidad en museos y otros espacios de la historia y cultura nacional.¹¹⁶ En agosto, en las secuelas de la polémica sobre el Museo de la Memoria (ver arriba), el presidente Piñera anunció planes para un “Museo a la Democracia”. Dos diputados de su propia tienda política insistieron que allí se debería de homenajear a Pinochet, según ellos, “un gran estadista”, (...) “Presidente de la República y no

116 El ciclo de cuatro foros especiales fue organizado en Santiago y Valparaíso por UDP-COES, UV-COES y Programa Psicología Social de la Memoria, Universidad de Chile.

dictador”, mientras que la Corporación 11 de septiembre, organización que defiende el golpe de Estado y la dictadura, propuso un “museo de la verdad”, donde más bien serían negadas las violaciones a los DD-HH.¹¹⁷ En la misma semana, familiares y simpatizantes de los criminales de lesa humanidad presos en Punta Peuco se manifestaron ante tribunales exigiendo la liberación de los condenados. Entonces, si bien una encuesta CADEM realizada en las mismas fechas sugirió apoyo mayoritario entre la población para el Museo de la Memoria y lo que representa, no es de sorprender que solo un 32% cree que se ha hecho justicia en materia de DDHH, y apenas un 26% señala que Chile es un país reconciliado.¹¹⁸ La suma de estos hechos no puede sino poner en cuestión la imagen que Chile ha querido proyectar en el escenario internacional, de un país que se había hecho cargo de su historia. El afloramiento de “pinochetismo cultural” en la sociedad, señales mixtas y confusas desde las autoridades, y la aparente instalación de una lógica de ‘toma de turnos’ para legar al país museos que asocian a personas o periodos presidenciales, valores que deben ser transversales y compartidos, sugiere algún profundo malestar que no es un augurio positivo para las garantías de no repetición.

5. REPARACIÓN Y SITIOS DE MEMORIA

5.1. Políticas públicas y proyectos de ley

De acuerdo al Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (‘Informe Valech’, 2004, p. 630), durante la dictadura funcionaron al menos 1.132 recintos de detención y tortura. En ausencia de una política pública que incluya iniciativas de recuperación de estos espacios, el Estado ha intervenido reactivamente. Se ha comprado, permutado o expropiado los lugares, para permitir a los colectivos que se movilizaron a favor de su recuperación, acceder a ellos, administrarlos, y/o transformarlos en sitios de memoria.¹¹⁹ A pesar de

117 Las frases citadas fueron atribuidas, respectivamente, a los diputados UDI Ivan Norambuena e Ignacio Urrutia, en varios medios de prensa del día 20 de agosto 2018.

118 Fuente: Encuesta CADEM no. 240, del 17 de agosto de 2018, en que además un 80% de los encuestados afirmaba que en Chile aún existen pactos de silencio en el Ejército para proteger a militares y exmilitares involucrados en crímenes de lesa humanidad.

119 El primer recinto recuperado fue Villa Grimaldi. Luego se ha accedido a 11 más: la ex Oficina Salitrera Chacabuco, región de Antofagasta (en comodato a la Corporación Museo del Salitre, que coordina con la Corporación Memoria Chacabuco); la ex Cárcel Pública de Valparaíso; José Domingo Cañas, Londres 38, Nido 20, la Clínica Santa Lucía, secciones del Estadio Nacional y Estadio Víctor Jara, todos en Santiago; ex sede DINA y CNI en Valdivia; ex Cuartel PDI en Puerto Montt; y la casa de Colón 636, un sitio en Punta Arenas. De acuerdo a la Red Nacional de Sitios de Memoria, hay iniciativas de recuperación sobre otros 15 ex recintos de detención a lo largo del país. Varios son propiedad de las Fuerzas Armadas.

que frecuentemente son entregados en comodato, sin comprometer recursos para su gestión, suelen funcionar como lugares de uso público, donde se promueven programas conmemorativos, educativos y de investigación.¹²⁰

Las organizaciones sociales que gestionan los sitios suelen ser las que solicitan su declaratoria como monumento nacional ante el Consejo de Monumentos Nacionales, CMN, a pesar de que Informe Valech insta al Estado a que lo haga.¹²¹ A la fecha son 27 los ex recintos de detención protegidos como Monumento Nacional, la mayor parte (15) decretados entre 2014 y principios de 2018, período en el cual el CMN desarrolló una metodología participativa, procurando trabajar en conjunto con familiares, agrupaciones y otros organismos estatales para generar una cobertura nacional que “efectu(e) una mirada representativa del despliegue de la cadena represiva en las regiones del país”.¹²² La distribución geográfica de las declaratorias actuales es: Región de Tarapacá (1); Región de Antofagasta (2); Región de Coquimbo (2); Región de Valparaíso (4); Región Metropolitana (11); Región del Lib. Bdo. O’Higgins (1); Región del Maule (1); Región del Bío Bío (1); Región de Los Ríos (2); Región de Magallanes (2).¹²³

El Estado aún no ha instalado una política pública o un conjunto de medidas capaces de acoger estas iniciativas como parte de la consagración al derecho a la verdad, reconociendo la importancia de preservar pruebas para fomentar la concientización pública. El Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del Mercosur ha indicado, por ejemplo, que “la preservación de los lugares donde se cometieron graves violaciones (...) y la creación de sitios de memoria (...contribuyen ...) a materializar el derecho a la verdad”.¹²⁴ Para ello, el IPPDH recomienda que los Estados garanticen la tutela judicial sobre esos espacios, y asegura recursos adecuados para su preservación.

120 A la fecha solo tres ex recintos de detención recuperados reciben recursos estables no concursables (a través de un convenio con el Estado): Villa Grimaldi; Londres 38 y Estadio Nacional.

121 Se recomienda declarar como monumentos nacionales los “principales centros de tortura (y...) lugares (...) identificados por las víctimas como representativos de lo ocurrido, ubicados en diferentes regiones”, Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2004, p.630.

122 Ana Paz Cárdenas, “La puesta en valor de la memoria de las violaciones a los Derechos Humanos”, en Consejo de Monumentos Nacionales, *Patrimonio de la Memoria de los Derechos Humanos en Chile. Sitios de memoria protegidos como Monumentos Nacionales 1996- 2016*, Santiago, Consejo de Monumentos Nacionales, 2017, pp.8-9.

123 www.monumentos.cl. A noviembre de 2017, el CMN había recibido solicitudes para iniciar el proceso respecto de otros cuatro recintos. Consejo de Monumentos Nacionales, *Acta Sesión Ordinaria del Consejo de Monumentos Nacionales*, 15 de noviembre de 2017.

124 Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH). *Principios fundamentales para las políticas públicas en materia de sitios de memoria*, 2012.

El programa de gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet había propuesto “una política de recuperación de todos los sitios de memoria histórica donde se violaron los derechos humanos, velando por su mantención básica y permanente”, además de “una estrategia específica para vincular a los sitios de memoria histórica con las nuevas generaciones”.¹²⁵ Sin embargo, ello no se tradujo en acciones conducentes a esos objetivos. De los 15 recintos de detención sobre los que actualmente hay demandas de recuperación, solo uno fue efectivamente recuperado por colectivos de la sociedad civil durante la referida administración.¹²⁶ Además, la creación de espacios de participación efectiva, talón de Aquiles de múltiples acciones e inacciones de la saliente administración, falló también en relación al acceso a más recintos. En mayo de 2015, bajo la dirección del entonces Programa de DDHH del Ministerio del Interior, se convocó una Mesa Técnica de Sitios de Memoria.¹²⁷ Si bien a esa fecha existía, en el ámbito de la sociedad civil, una Red Nacional de Sitios de Memoria, con una trayectoria de casi una década, dicha Red no fue invitada ni incorporada a la Mesa, cuya composición se limitó a organismos públicos. Solamente se solicitaron opiniones vía un cuestionario, enviado por correo electrónico, al cual solo respondieron seis de las 25 organizaciones receptoras. Al culminar su trabajo, la Mesa se limitó a efectuar propuestas generales sobre construcción y conservación; educación, difusión y patrimonio; puesta en valor de los sitios; fortalecimiento; difusión; interpretación y participación; financiamiento, etc. Dichos resultados no parecen haberse traducido en mayor coordinación entre las entidades convocadas. Únicamente el Área de proyectos y memoriales de la (ahora) Unidad Programa de DDHH, más la Unidad de Cultura, Memoria y DDHH del otrora Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, actúan declarada y específicamente hacia y sobre los sitios de memoria, considerándolos, respectivamente, como “obras de reparación simbólica”, o como parte de las políticas culturales.¹²⁸

125 Programa de Gobierno de Michelle Bachelet, 2014-2018, p.165.

126 Se trata del ex cuartel de la CNI en Puerto Montt. Otro recinto similar, “La Providencia” en Antofagasta, fue cedido en principio, pero luego retractado ante la negativa de Carabineros de Chile, sus actuales ocupantes.

127 La Mesa estuvo integrada por representantes de los siguientes Ministerios: Interior y Seguridad Pública; Educación; Defensa; Obras Públicas; Bienes Nacionales; Vivienda y Urbanismo; Relaciones Exteriores; Justicia, además del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, el Consejo de Monumentos Nacionales y el Archivo Nacional. Se convocó también al INDH y al Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. Mesa Técnica sobre Sitios de Memoria, *Informe final. Propuesta de políticas públicas sobre sitios de memoria en Chile*, enero de 2016. Recuperado desde el sitio web del Mineduc, febrero del 2018.

128 La Unidad de Cultura, Memoria y DDHH del Consejo (ahora, desde octubre de 2017, el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio) se destaca por haber desarrollado una gestión directa con las organizaciones, participativa y no concursable.

Ante ello, la Red de sitios de la sociedad civil determinó seguir el ejemplo de otros países, como Argentina, Uruguay y Paraguay, dedicándose a preparar una propuesta propia para un proyecto de ley sobre sitios de memoria y memoriales. La necesidad de un proyecto de este tipo fue planteada por la Red a la Subsecretaría de DDHH durante 2017, siendo inicialmente desestimado, según informan algunos de sus miembros. Si bien después se reconsideró la negativa oficial, la propuesta finalmente redactada por las autoridades desconoció los aportes de la Red. La constante indiferencia del poder público ante la experticia especializada radicada en la sociedad civil organizada, queda elocuentemente expresada en la composición que el anteproyecto de ley oficial propone para un eventual “Comité consultivo de Sitios de Memoria”. Según entendemos, no se menciona en forma explícita participación desde la Red, ni se requiere que los cupos reservados para representantes no-estatales incluyan alguna organización que gestiona un sitio de memoria.¹²⁹

5.2. Otros hechos del periodo en el ámbito de la memoria

El 9 de agosto de 2017, el CMN declaró como monumento nacional en la categoría de monumento histórico el Cuartel Almirante Silva Palma, recinto que la Armada utilizó para apresar y torturar en Valparaíso luego del golpe de Estado. El 11 de septiembre de 2017 el Ministerio de Relaciones Exteriores rindió homenaje a Orlando Letelier, el ex Canciller asesinado por la dictadura: un salón de la sede ministerial fue nombrado en su recuerdo. En agosto de 2018, su hermana, la connotada abogada de DDHH Fabiola Letelier, recibió el bianual Premio Nacional en DDHH, otorgado por el INDH. En tanto, en abril de 2018 y nuevamente en septiembre, la Universidad de Chile realizó una ceremonia de titulación de ex estudiantes ejecutados o detenidos desaparecidos. Sus familiares recibieron los diplomas, en un emotivo acto. Publicaciones relevantes durante el periodo del *Informe* incluyen la “Guía de Archivos de Memoria y Derechos Humanos en Chile”, por el proyecto “Tecnologías Políticas de la Memoria” de la Universidad Alberto Hurtado. También destaca una novela gráfica sobre el cardenal Raúl Silva Henríquez, que retrata la historia del Comité ProPaz y la Vicaría de la Solidaridad. Se hizo notar un creciente énfasis, en la producción cultural natural, en la figura incómoda del perpetrador. Ejemplos de lo anterior son “Los Perros”, la nueva película de Marcela Said, sobre un excoronel buscado por la justicia por crímenes cometidos en dictadura; y la teleserie “Mike and Mary”, estrenada en Chilevisión, basado en los notorios agentes Michael Townley y Mariana Callejas.

129 El Comité estaría integrado más bien por seis ministerios, el director del Museo de la Memoria, representantes de agrupaciones de víctimas o familiares y académicos.

En julio de 2017 se estrenó el documental “Guerrero”, basado en la vida del hijo homónimo de Manuel Guerrero, uno de los tres profesionales comunistas asesinados por agentes de la dictadura en 1985. El documental fue presentado en distintos países y a lo largo de Chile, acompañado en varias oportunidades por su protagonista y el equipo creativo conformado por Sebastián Moreno y Claudia Barril. El 11 de septiembre de 2017 se presentó el trabajo audiovisual “Una historia necesaria”. El programa, difundido por Canal 13, narra la historia de 16 personas cuya participación política o social las llevó a ser objeto de represión por la dictadura. La transmisión no estuvo exenta de controversia: Canal 13 optó por no transmitir el segmento, al final de cada relato, en que se da a conocer tanto los nombres como los rostros de quienes han sido posteriormente condenados por crímenes de tortura, secuestro y/o desaparición cometidos en contra de las y los protagonistas. Esta situación fue denunciada por el sitio de memorias Corporación Londres 38: el canal negó censura.¹³⁰

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Sin duda, no son tiempos alentadores para quien anhela mayor cumplimiento de los compromisos que Chile tiene, como Estado y como sociedad, en relación a las deudas de verdad, justicia, reparación y garantías de no-repetición por los crímenes de la dictadura. Como siempre, las y los sobrevivientes parecen ser el grupo más postergado, si bien es llamativo también que, a 45 años del golpe de Estado, Chile, el único país miembro de la OECD de la subregión, no haya sido capaz de crear una instancia que investigue definitivamente el destino de más de mil ciudadanas y ciudadanos aún desaparecidas/os. Al incumplimiento crónico de promesas y anuncios “heredado” de tiempos de la Concertación y la Nueva Mayoría, parece sumarse ahora, una actitud endurecida o al menos indiferente de parte de la actual administración, incluso en comparación con lo que fue el primer periodo del mismo mandatario. Se notan, además, vientos de cambio en el Poder Judicial y en la sociedad civil. Algunos de ellos no son nada prometedores, si bien es esperanzador que se retenga cierta capacidad de reacción social ante dichos y hechos que son, a todas luces, una ofensa contra las víctimas, la verdad, y la ética. Es imperativo, para el bienestar moral del país, crear y proteger un espacio transversal, “sin partido”, donde se enuncie clara, consistente y corajudamente que ningún contexto político, social o ideológico podrá servir jamás para justificar la extinción

130 El Mostrador.cl: “t13 censura rostros de condenados por violación a los derechos humanos”. 15 de septiembre de 2017.

de miles de vidas humanas, y la visitación del terror y el fuego sobre decenas de miles más. Es hora, también, de que los Tribunales de Justicia, cuyos pronunciamientos ocupan un lugar privilegiado, si bien no único en la creación de dicho espacio, evalúen nuevamente su lugar en la historia. Esto, después de haber logrado, en tiempos recientes, cierto nivel de respeto internacional que no existía hace dos décadas, cuando el exdictador Augusto Pinochet fue detenido bajo el argumento de que sería impensable contemplar justicia “en casa”. Esa justicia, sin duda tardía, ha empezado a producirse, y es importante que prosiga hacia una adhesión cada vez mayor a las más elevadas aspiraciones de la humanidad, expresadas en Nuremberg, de someter el poder de la fuerza al triunfo de la razón.¹³¹ En tanto, ante nuevas y preocupantes corrientes sociales y políticas en la región, es cada vez más importante rechazar al negacionismo, desenmascarar a la mentira y enunciar la verdad.

Con el fin de conseguir un mayor y cabal cumplimiento de los deberes del Estado en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no-repetición en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas, entre 1973 y 1990, durante la dictadura cívico-militar, el Estado de Chile podría:

1. Proceder sin demora a la constitución de un Plan Nacional de Búsqueda de personas detenidas desaparecidas, que cumpla con las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la ONU de 2013; es decir interinstitucional y permanente; que colabore con, y fomente la actividad de la justicia; e incorpore la participación de familiares y la sociedad civil capacitada, en todas sus etapas de diseño y actuación.
2. Ampliar el mandato, funciones, presupuesto, y dotación de recursos de la ahora Unidad Programa de DDHH, para que provea asistencia jurídica a sobrevivientes, pero además se haga cargo de la judicialización de la tortura, así como de otros crímenes de lesa humanidad actualmente despriorizados. Reinstalar la publicación proactiva, desde dicha Unidad, de información exhaustiva y fidedigna sobre el estado de las causas de DDHH y de encarcelamiento de quienes hayan sido condenados.
3. Crear una instancia permanente de calificación (reconocimiento) de víctimas y sobrevivientes de desaparición forzada, ejecución política, tortura, y otras graves violaciones, cometidas en tiempos de dictadura. Reconocer y respetar los derechos de acceso a verdad, justicia y reparación, que proceden de dicha calificación.

131 La frase se inspira en el famoso alegato del Fiscal Robert H. Jackson con ocasión del inicio del Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg, el 21 de noviembre de 1945, en que describió a la realización del juicio como “uno de los tributos más significativos jamás rendido por el Poder, a la Razón”.

4. Amonestar y/o remover de sus puestos a quienes, desde filas oficialistas, en su calidad de funcionarios públicos, y/o desde las FFAA y de seguridad, desconozcan, relativicen, o nieguen la existencia o gravedad de los crímenes de la dictadura.
5. Prohibir toda reivindicación u homenaje, verbal o visual, en el espacio público a criminales de lesa humanidad, miembros de la junta militar, y otros personeros estrechamente asociados con el autoritarismo dictatorial. Eliminar los vestigios de dichos reconocimientos que aún quedan en dichos espacios. Introducir una ley de protección de sitios de memoria que contemple la participación de las organizaciones expertas de la sociedad civil en la materia.
6. Resolver la manera de no subvencionar, en lo relativo a jubilaciones, a criminales de lesa humanidad hoy cumpliendo condena; introducir además medidas para retirarles sus honores militares.
7. Resolver el estatus de acceso judicial y/o público del acervo de la Comisión Valech; proveer información actual y confiable sobre el estado de la actuación de la justicia en causas relacionadas con criminales de lesa humanidad.
8. Reformar por completo el sistema obsoleto de supervisión de cumplimiento de sentencias, de manera que se introduzca o se preserve el reconocimiento con la particular gravedad de delitos de lesa humanidad, asegurándose en particular de no crear un incentivo perverso que fomente la desaparición forzada de personas.
9. Cumplir plenamente con los fallos adversos de la CIDH contra Chile en los *casos Almonacid, García Lucero, y Maldonado*.
10. Introducir y hacer efectivo plazos de resolución para la tramitación en el Tribunal Constitucional de causas penales; y/o revisar la práctica actual de conceder la suspensión del procedimiento entero en casos elevados al TC.

**DERECHOS HUMANOS
DE LAS MUJERES:
AVANCES EN LOS DERECHOS
DE LAS MUJERES DESAFÍAN
OBSTÁCULOS ESTRUCTURALES
DE LA DESIGUALDAD,
LA DISCRIMINACIÓN
Y LA VIOLENCIA¹**

1 Capítulo elaborado por Gloria Maira Vargas, con la colaboración de las estudiantes Javiera Miranda Velásquez, Talía Castro Romero y Catalina Arancibia Torres.

SÍNTESIS

En esta sección se revisan los eventos más importantes del año que tienen relación con los derechos humanos de las mujeres. Entre junio de 2017 y el mismo mes de 2018 se reportan hechos que afectan positivamente el ejercicio de estos derechos, en particular en los ámbitos de la participación política y de la autonomía reproductiva. A continuación, se da cuenta tanto del importante aumento del número de mujeres parlamentarias como resultado de la aplicación de un criterio de paridad en la conformación de las listas de candidaturas, como de la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales específicas. Estos dos hechos –o más bien, los accidentados caminos para su concreción– marcaron gran parte de la agenda de género durante 2017. El cambio de año no muestra ninguna merma en la movilización de las mujeres por sus derechos: en efecto, el primer semestre estuvo marcado por las tomas y paros en universidades y colegios de todo el país liderados por las jóvenes estudiantes en demanda de respuestas efectivas a la violencia contra las mujeres en los espacios educativos y de avances en materia de educación no sexista. La masividad de sus acciones así como la fuerza en su interpelación al machismo y al propio sistema patriarcal parecieran indicar un nuevo momento en la necesaria transformación de las relaciones de género en Chile.

PALABRAS CLAVES: movilizaciones feministas, participación política, derecho a aborto, objeción de conciencia.

INTRODUCCIÓN

El período que revisa este *Informe* –junio de 2017 a junio de 2018– es particularmente auspicioso en materia de derechos de las mujeres. De hecho, es difícil encontrar en el pasado reciente, desde la recuperación de la democracia en adelante, un tiempo en que se hayan producido eventos tan significativos para las mujeres, que tienen su correlato en la legislación y en la política pública, pero sobre todo en la transformación de los imaginarios sociales y culturales del país. Esos acontecimientos han tocado el sentido común respecto de los roles y las relaciones entre los géneros. Al cierre de estas líneas, Chile vive aun lo que sus protagonistas han llamado una “ola feminista”, que emergió de la movilización de las estudiantes en universidades y colegios en contra del acoso y el abuso sexual, en abril de este año, pero cuyos impactos van más allá del ámbito educativo y formativo. En mayo de 2018, al menos 30 universidades y 8 colegios se movilizaban en torno a petitorios de educación no sexista y de la implementación de medidas efectivas para prevenir, investigar y sancionar el acoso y abuso sexual y de poder contra las mujeres estudiantes, académicas y administrativas. En varios establecimientos también se incluyeron medidas contra la discriminación y exclusión de las personas trans.

Las movilizaciones consolidan un proceso que, con idas y vueltas, ha llevado a instalar la desigualdad entre hombres y mujeres como un asunto de interés público, de obligada revisión no solo en materias que las afectan directamente –como la violencia y el femicidio–, sino también en ámbitos como la participación política, el trabajo y el mercado laboral, la salud, la educación y la previsión social, entre otros. No toda acción que se propone o implementa tiene un efecto transformador de las desigualdades de género estructurales de la sociedad chilena; por el contrario, puede haber propuestas francamente regresivas o que refuerzan estereotipos y roles tradicionales. Sin embargo, la tendencia que se instala en diversas fuerzas políticas y sociales relevantes, al menos en la intención, es la de una mirada feminista, lo cual debiera llevar a potenciar el camino hacia la igualdad sustantiva y la no discriminación.

En esta sección se da cuenta de los eventos de mayor trascendencia para los derechos de las mujeres sucedidos en el período que abarca este *Informe*. Se desarrollan a continuación: 1) El avance de las mujeres en participación política y presencia legislativa que facilitó el criterio de paridad flexible –40%-60%– entre hombres y mujeres en las candidaturas al Parlamento; 2) la aprobación de la Ley que despenaliza el aborto en tres causales específicas, que marca un cambio sustantivo frente a la penalización total que rigió desde 1989. En cada uno de ellos se presentan los hechos y los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, y se analizan los avances y los desafíos para el Estado respecto del pleno ejercicio de derechos por parte de las mujeres en cada ámbito en particular.

1. PARTICIPACIÓN POLÍTICA: LOS EFECTOS POSITIVOS DE LA APLICACIÓN DE UNA MEDIDA AFIRMATIVA EN LAS CANDIDATURAS PARLAMENTARIAS

Hasta 2015, Chile mostraba escasos avances en la participación política de las mujeres y su presencia en cargos de elección popular. A nivel parlamentario, entre 1990 y 2013, el porcentaje de mujeres pasó de un poco más del 5% al 15,8%, manteniéndose muy por debajo del promedio regional (28,1%) y mundial (23,5%).² Ese limitado aumento se debió principalmente a la escasa nominación de mujeres en las elecciones parlamentarias que tuvieron lugar en esas décadas, y no a su falta de elegibilidad. En efecto, de acuerdo con el Observatorio Político Electoral de la Universidad Diego Portales, en ese mismo período los datos muestran que, en promedio, del total de nominaciones, los hombres representaron el 84,6% y las mujeres el 15,4%. Esta brecha de aproximadamente 70 puntos se reduce a cerca de 10 puntos cuando se revisa la elegibilidad por sexo: en promedio, el 30,2% de los hombres y el 22,2% de las mujeres logra ser electo o electa. Es decir, en igualdad de condiciones, ellas resultaron ser tan competitivas como los hombres.³ Otro factor coadyuvante al lento crecimiento en la participación de las mujeres y su escasa presencia en el Parlamento era el sistema electoral binominal, que resultaba excluyente tanto de la pluralidad política como de grupos específicos como las mujeres y los y las jóvenes.⁴

- 2 PNUD, *Representación política de mujeres en el poder legislativo. Análisis de la aplicación de las cuotas de género en las elecciones parlamentarias de 2017*, Chile, 2018. Visto en: <http://www.cl.undp.org>.
- 3 Mauricio Morales Quiroga, Kevin Díaz y Alexis Marambio, *Reforma al sistema electoral binominal. Análisis, simulaciones y actores*, Santiago, Observatorio Político Electoral (OBPE), Universidad Diego Portales, 2014.
- 4 El punto está ampliamente documentado en estudios y campañas de organizaciones como Corporación Humanas y ComunidadMujer, y ha sido recogido en las observaciones al país de varios órganos de tratados. Ver: Comité de la CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012)*, CEDAW/C/CHL/CO/5-6.

Esta desigualdad de género había sido reiteradamente denunciada por las organizaciones de mujeres y feministas y varios comités de tratados internacionales, ratificados por el país, hicieron recomendaciones específicas para corregir esta disparidad.⁵ En la última década se levantaron algunas iniciativas de ley para adoptar cuotas en las candidaturas⁶ y campañas⁷ que, aunque no lograron concretarse en una legislación que enfrentara el problema, aportaron a la construcción de un sentido social crítico frente a la ausencia de mujeres en los cargos de representación popular. Chile se mantenía como uno de los países del continente resistente a adoptar medidas de acción positiva en favor de lograr una mayor representación de las mujeres en cargos de elección popular y, particularmente, en el Parlamento.

Esta realidad cambia en el contexto de un proceso de reforma al sistema político impulsado durante la segunda administración de la expresidenta Michelle Bachelet. En abril de 2015, se promulgó la Ley 20.840 que “sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional”. Respecto de la participación política de las mujeres, esta legislación introduce por primera vez un criterio de participación paritaria en las candidaturas al Parlamento, que busca subsanar el importante déficit de presencia de las mujeres en este poder del Estado. Establece la ley que, “de la totalidad de declaraciones de candidaturas a diputado o senador declaradas por los partidos políticos, hayan o no pactado, ni los candidatos hombres ni las candidatas mujeres podrán superar el sesenta por ciento del total respectivo. Este porcentaje será obligatorio y se calculará con independencia de la forma de nominación de las candidaturas. La infracción de lo señalado precedentemente acarreará el rechazo de todas las candidaturas declaradas a diputados o a senadores, según corresponda, del partido que no haya cumplido con este requisito.” (art. 3 bis, inciso quinto).

Para incentivar la nominación de mujeres en cupos elegibles, la ley determina que, en las elecciones parlamentarias de 2017, 2021, 2025 y 2029, los partidos políticos recibirán 500 UF por mujer electa, recursos que podrán ser utilizados para implementar programas y desarrollar actividades de fomento tendientes a la inclusión y participación de las

5 Entre estos, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile (7 y 8 de julio de 2014)*, CCPR/C/CHL/CO/6; Consejo de Derechos Humanos, *Examen Periódico Universal Chile, 2 de abril de 2014, A/HRC/26/5*, y el propio Comité de la CEDAW, citado supra.

6 Entre estas, *Proyecto de ley que establece política equilibrada de hombres y mujeres en el acceso y ejercicio de cargos de elección popular*, Boletín 5553-06 ingresado en diciembre de 2007.

7 Entre estas, la campaña “El número sí importa. Chile necesita una ley de cuotas”, impulsada por Comunidad Mujer, y “Más mujeres al poder” promovida por Corporación Humanas en los años 2012 y 2013.

mujeres en política (art. segundo transitorio). Para esos mismos años, la ley otorga un reembolso extra a las candidatas para gastos electorales de 0,01 UF por cada voto obtenido (art. tercero transitorio). Estas disposiciones complementan la exigencia de destinar un 10% del financiamiento estatal a los partidos políticos a actividades que promuevan la participación política de las mujeres, contenida en la Ley 20.900 para el fortalecimiento y transparencia de la democracia, en vigencia desde abril de 2016. Por su parte, en la nueva ley de partidos políticos (Ley 20.915), adoptada en ese mismo año, se establece que: “En la integración de los órganos colegiados previstos en esta ley, se observarán mecanismos especialmente previstos en los estatutos, que aseguren que ninguno de los sexos supere el 60% de sus miembros” (art. 23). Con esta normativa se obliga a una representación más equitativa de mujeres y hombres en instancias de decisión a nivel nacional en los partidos políticos.

En las pasadas elecciones parlamentarias, de noviembre de 2017, se aplicó por primera vez la norma del 40%-60%, y también se inauguró el sistema electoral proporcional y las nuevas reglas para el financiamiento de las campañas.

1.1. Estándares de derechos humanos para la participación política de las mujeres

El derecho a la participación en los asuntos públicos, a votar y ser elegido, y a acceder a la función pública está contenido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 25), el que debe ser leído en conjunción con el deber de los Estados Partes de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos enunciados en el tratado (art. 3). De hecho, el Comité de Derechos Humanos indicó que los estados deben “cerciorarse de que la ley garantice a la mujer los derechos contenidos en el artículo 25 en pie de igualdad con el hombre y adoptar medidas eficaces y positivas, incluida las medidas necesarias de discriminación inversa, para promover y asegurar la participación de la mujer en los asuntos públicos y en el ejercicio de cargos públicos”.⁸ En ese mismo sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer (CEDAW) mandata a los Estados a tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país, y garantizarle, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho al voto, a ser elegible, a ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales, entre otros (art. 7).

El Comité de la CEDAW en su Observación General sobre la vida política y pública de las mujeres⁹ afirma que, pese a que los regímenes

8 Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 28 (marzo 2000), La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3)*, párr. 29.

9 Comité de la CEDAW, *Observación General N° 23 (1997), Vida política y pública*.

democráticos han aumentado sus oportunidades de participación, ninguno ha conferido a la mujer el derecho ni el beneficio de una participación plena en condiciones de igualdad a causa de las innumerables barreras económicas, sociales y culturales que aún limitan seriamente esa participación.¹⁰ El Comité constata que “la eliminación de las barreras jurídicas, aunque necesaria, no es suficiente. La falta de una participación plena e igual de la mujer puede no ser deliberada, sino obedecer a prácticas y procedimientos trasnochados, con los que de manera inadvertida se promueve al hombre. El artículo 4 de la Convención alienta a la utilización de medidas especiales de carácter temporal para dar pleno cumplimiento a los artículos 7 y 8.” (párr. 15).

La importancia que el derecho internacional de los derechos humanos otorga a la participación política de las mujeres tiene un fundamento importante en las aspiraciones de paz, bienestar y democracia para las personas, los pueblos y las naciones. En la región americana, históricamente se ha destacado la directa relación entre la participación y representación adecuada de las mujeres en todos los niveles de gobierno y con el fortalecimiento de la democracia.¹¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) ha señalado que “las normas del sistema interamericano, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) y la misma Carta Democrática Interamericana consagran el compromiso de los Estados para garantizar la plena e igualitaria participación de la mujer en la vida política como un elemento fundamental para la promoción y el ejercicio de la cultura democrática”.¹² La inclusión de las mujeres en todas las esferas promueve el pluralismo político, y su participación en puestos de poder contribuye a lograr la igualdad de derechos en todos los ámbitos y no solo en la política. Para alcanzar esta meta, la Comisión IDH ha establecido que los Estados deben implementar medidas para respetar y garantizar el ejercicio de los derechos políticos de las mujeres.

En febrero de 2018, el comité de la CEDAW revisó el séptimo informe de cumplimiento de Chile. En los aspectos positivos, el comité destacó la sustitución del sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional e inclusivo, las enmiendas hechas a la Ley Orgánica Constitucional de partidos políticos y la definición del carácter paritario de sus órganos colegiados.¹³ Al mismo tiempo, la entidad manifestó su preocupación por los obstáculos estructurales y los estereotipos discriminatorios respecto de la participación de las mujeres en la vida

10 *Ibid.*, párr. 14.

11 Comisión IDH, *El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 79, 18 abril 2011, párr. 6.

12 *Ibid.*, párr. 4.

13 El Comité alude a las leyes 20.900 y 20.915 de 2016, y 20.840 de 2015.

política, que las siguen excluyendo de puestos lectivos y de libre designación, e hizo particular referencia a los partidos políticos, el Poder Judicial y los círculos académicos. El comité observa la falta de medidas especiales de carácter temporal que permitan promover la participación de las mujeres. La recomendación al Estado chileno es aplicar la recomendación general número 23 (1997), sobre la vida política y pública, “incluida la preparación de directrices para la aplicación de cuotas en las próximas elecciones. Además, insta al Estado parte a que establezca objetivos y plazos específicos para acelerar la participación de la mujer en pie de igualdad en todos los niveles de la vida pública y política nacional e internacional y a que trate de crear las condiciones necesarias para lograr estos objetivos”.¹⁴ Además, el comité solicita al país incluir en su octavo informe periódico una evaluación de la Ley 20.840, junto con datos desglosados sobre las tendencias de participación de las mujeres en la adopción de decisiones, incluido el ámbito diplomático.

1.2. Mayor presencia de mujeres en el Parlamento y desafíos frente a las próximas elecciones

En la elección parlamentaria de septiembre de 2017, los resultados muestran un salto importante en el número de mujeres candidatas y electas. Representaron el 41,3% de las candidaturas, y las parlamentarias constituyen hoy el 22,7% del total de representantes (23,3% del Senado y 22,6% de la Cámara). El número de senadoras aumentó de seis a diez, y de diputadas creció de 19 a 35. Los análisis disponibles concluyen que la aplicación de la paridad flexible del 40%-60%, en el contexto, además, de la reforma profunda al sistema electoral, permitió que en una elección el crecimiento fuera, por varios puntos porcentuales, superior al que se venía registrando en las dos últimas décadas. La norma, señala ComunidadMujer, funcionó como “mecanismo acelerador de la paridad de género, incrementando en 6,8 puntos porcentuales la representación de las mujeres en el Congreso, muy superior a los 1,6 puntos promedio con los que lentamente se avanzaba en Chile desde 1989, elección tras elección”.¹⁵

La aplicación del criterio de paridad flexible permitió romper con la, hasta ahora, perenne sobre-representación de los hombres en las candidaturas, siempre en rangos cercanos al 80%. El PNUD evaluó que “las cuotas cumplieron no solo con el objetivo de aumentar el número de mujeres compitiendo, sino que también lograron aumentar de manera relevante el porcentaje de escaños ocupados por mujeres”.¹⁶

14 Comité de la CEDAW, *Examen del séptimo informe periódico de Chile*, CEDAW/C/CHL/7, 21 de febrero de 2018.

15 ComunidadMujer, *Mujer y política: Resultados y hallazgos de las cuotas de género en las elecciones parlamentarias 2017*, Serie ComunidadMujer, N° 40, septiembre de 2017.

16 PNUD, *Representación política de mujeres (...)*, op. cit.

De las 35 diputadas electas, 13 tienen menos de 40 años (37%), 19 (54,2%) entre 41 y 60 años, y 3 son mayores de 61 años (8,5%). La mayor presencia de mujeres y de mujeres jóvenes abona la reiterada demanda de renovación de la política en Chile expresada por la ciudadanía,¹⁷ a lo que se agrega que entre las electas está la primera mujer mapuche huilliche que llega al Parlamento. En tanto ejercicio democrático, el Congreso chileno elegido es mucho más plural y demostrativo de nuestra diversidad, pero aún distante de los estándares de representación e inclusión que plantean las cartas democráticas y los instrumentos de derechos humanos.

Al mismo tiempo, el ejercicio electoral mostró problemas en la implementación de la Ley 20.840 que debieran ser subsanados en la perspectiva de aumentar el número de candidatas y de mujeres electas. Los pactos políticos cumplieron con el requisito legal del 40% mínimo, salvo en dos casos en que “el porcentaje final de mujeres candidatas estuvo por debajo del 40% debido al rechazo en la inscripción de alguna candidata luego de haber sido inscrita, sin que fuera reemplazada (SERVEL Res. N°3964 y N°3965 del 31 de agosto de 2017)”.¹⁸ Este hecho no tuvo por efecto que el pacto en cuestión quedara inhabilitado de participar pues existe en la norma un vacío sobre esta situación en particular. Así como hubo pactos fuera de norma, también hubo partidos que no cumplieron con el 40% de mujeres candidatas.¹⁹

Otro problema que develan los resultados es que la obligatoriedad de cumplir con la proporcionalidad 40%-60% limitada solo a nivel nacional, y no en cada uno de los territorios electorales, permitió que en varias regiones las mujeres fueran menos del 40% de las candidatas.²⁰ Que ese estándar sea sostenible en el tiempo y que crezca en favor de las mujeres y hacia la paridad depende de manera importante de que la norma rija también en cada distrito electoral. La revisión de los resultados de la elección así lo muestran: en el distrito de Arica y Parinacota, para ambas cámaras el porcentaje de mujeres candidatas fue solo levemente superior al 30%; la región no eligió ninguna representante mujer al Parlamento. Esta omisión de resultado es compartida por los distritos D2 (Tarapacá), D5 (Coquimbo), D15 (O’Higgins 1); D17 y D18 (Maule); D23 (Araucanía 1) y D24 (Los Ríos).²¹

17 Emol.com: “La nueva Cámara de Diputados: Cómo está quedando conformada y radiografía de sus integrantes”. 19 de noviembre de 2017.

18 *Ibid.* Se trata de los pactos Por Todo Chile, Unión Patriótica y Convergencia Democrática.

19 *Ibid.* Respecto de candidatas a diputadas, están bajo el 40% los partidos Progresista, Radical Socialdemócrata, Unión Democrática Independiente; en senadoras, Poder, Radical Socialdemócrata y la Unión Patriótica.

20 Para el Senado: Arica y Parinacota, Valparaíso y La Araucanía; para la Cámara de Diputados: todas las del norte, Valparaíso, O’Higgins, Maule y Magallanes.

21 ComunidadMujer, *Mujer y política*, op. cit., p. 6.

Por otra parte, los resultados evidencian que, además del número de candidatas, interactúan a favor de la elección de las mujeres los apoyos entregados a sus candidaturas y que estas figuren en puestos elegibles en la lista de nominaciones, entre otros factores. Esas condiciones son particularmente difíciles de lograr, aun cuando todas las voces políticas se declaren comprometidas con la participación y presencia de las mujeres en el Parlamento. Dos indicadores muestran la resistencia a un mayor protagonismo de la mujer en las elecciones: la tasa de elegibilidad de las mujeres y el financiamiento de sus campañas. Respecto de la primera, la tasa de elegibilidad general fue de 16,1%. Sin embargo, desagregada por sexo, la diferencia entre hombres y mujeres es amplia: para ellos, la tasa alcanza el 21,3% (del total de 563 candidaturas fueron electos 120 diputados); para las mujeres la tasa fue 8,8% (de 397 candidaturas fueron elegidas 35 diputadas). Este bajo resultado no tiene que ver con el hecho de ser mujer sino con los lugares que ocuparon las mujeres en las listas; un problema varias veces advertido por las mujeres militantes de partidos.²² Para ComunidadMujer, es muy probable que “muchas de las nominadas más bien hayan estado presentes en las listas para dar cumplimiento a la normativa, que explícitamente castigaba con la no inscripción de las listas a los partidos o pactos que no cumplirían con la proporción 60/40”.²³ Por su parte, el financiamiento que recibieron los candidatos hombres fue muy superior al que pudieron acceder las candidatas: el PNUD estima que las mujeres recibieron en promedio entre un 51% y un 55% del aporte monetario privado que recibieron los hombres candidatos al Senado y la Cámara de Diputados, respectivamente.²⁴

Resulta claro que la convicción y compromiso que tengan los partidos políticos es clave para avanzar en la participación política de las mujeres y la consecución de espacios de representación paritarios. El ejercicio electoral de noviembre pasado produjo avances importantes, y también obstáculos y omisiones que, más allá de ajustes a la normativa, los partidos debieran corregir con miras a futuras elecciones. Así, para hacer frente a la dificultad de contar con candidatas competitivas, la ley dispuso que el 10% de los fondos públicos que los partidos reciben debe ser destinado al fomento de la participación de las mujeres en política. La reciente fiscalización de la norma realizada por el SERVEL muestra que 13 de los 25 partidos fiscalizados aprobaron sus operaciones; los restantes fueron amonestados. De los montos

22 A modo de ejemplo de la información de prensa en esos meses, ver: Emol.com: “Partidos reconocen dificultades para implementar ley que exige que el 40% de sus candidatos sean mujeres”. 31 de diciembre de 2016.

23 ComunidadMujer, *Mujer y política*, op. cit., p. 5.

24 PNUD, *Representación política de mujeres (...)*, op. cit., p. 40.

observados, un 63,7% se debe a que la rendición de gastos no tiene relación con el fomento de la participación de las mujeres en política.²⁵

Tal como señala la Comisión IDH, “las cuotas de género para promover el aumento en la representación numérica de las mujeres deben ir acompañadas de otras medidas para fomentar la participación política sustantiva de las mujeres, promover su inclusión en los espacios partidarios de poder de los Congresos y fomentar que sus intereses estén representados”. Así lo muestra la revisión de los resultados de las elecciones parlamentarias de 2017, sin desconocer con ello la importancia del avance logrado con la norma del 40%-60% y el conjunto de disposiciones que favorecen la participación política de las mujeres incluidas en la reforma al sistema electoral y de partidos políticos. Pero resolver los problemas relacionados con la discriminación y las construcciones de género en la política, en expresión del PNUD,²⁶ requiere compromiso y acción sustantiva particularmente de los actores políticos.

2. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO, AVANCE EN PELIGRO

El 14 de septiembre de 2017 se promulgó la Ley 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: riesgo vital de la gestante, inviabilidad fetal letal y embarazo producto de violación. El imperativo del cambio de una legislación completamente punitiva a una que eximiera algunas circunstancias fue insistentemente señalado por los órganos de tratados de derechos humanos al Estado de Chile.²⁷ Tal como señaló Lidia Casas en su presentación ante el Tribunal Constitucional (TC), a propósito del control de constitucionalidad del proyecto de ley en cuestión, la jurisprudencia del sistema internacional de protección de los derechos humanos es conteste en que la prohibición del aborto en las situaciones contempladas en la ley es violatorio de los derechos humanos de las mujeres.²⁸

25 Servel.cl: “Servel concluye fiscalización a partidos por uso de fondos para el fomento de la participación de mujeres en política”. 27 de marzo de 2018.

26 PNUD, *Representación política de mujeres* (...), op. cit., p. 40.

27 Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, 65° período de sesiones, 30 de marzo de 1999, CCPR/C/79/Add.104, párrafo 15; Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Chile, 33° período de sesiones, 1° de diciembre de 2004, E/C.12/1/Add.105, párrafo 52; Comité contra la Tortura: Chile, 14 de junio de 2004, párr. 6, letra j); Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño: Chile, 44° período de sesiones, 23 de abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, párrafo 56; Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile, 36° período de sesiones, 25 de agosto de 2006; CEDAW/C/CHL/CO/4, párrafos 19 y 20, y nuevamente en su 53° período de sesiones, 12 de noviembre de 2012, CEDAW/c/CHL/CO/5-6, párrafos 34 y 35.

28 Lidia Casas, patrocinada por la CUT, la ANEF y la diputada Karla Rubilar, audiencia pública de 16 de agosto de 2017 en el proceso de control de constitucionalidad del proyecto de Ley de interrupción del embarazo en tres causales, Rol No. 3729 (3751)-17, p. 6.

En la concreción de este imperativo ético mínimo con las mujeres en Chile²⁹ participaron activamente organizaciones de mujeres y feministas, de derechos humanos, gremios de la salud, y académicas y académicos de varias universidades del país y de centros internacionales especializados, entre otras actorías, que aportaron argumentos al debate parlamentario y constitucional. La tramitación del proyecto de ley abrió una inédita discusión pública sobre el aborto en el país, y develó el apoyo mayoritario de la ciudadanía a la despenalización del aborto en las tres causales.³⁰

En cualquiera de las causales, la mujer tiene derecho a ser informada de manera veraz y oportuna sobre su condición de salud, la interrupción del embarazo y las alternativas a esta, información que debe entregarse sin intentar influir en su decisión. La norma indica que la interrupción se hace por expresa voluntad de la mujer, y en el caso de las niñas se establece la posibilidad de una autorización judicial sustitutiva de parte de un tribunal de familia si su representante legal se opone a su decisión, no es habido, o entregarle información pudiera representar un peligro para la niña. Adicionalmente, se instaura un programa de acompañamiento, de carácter voluntario y no disuasivo, que apoye a la mujer en su proceso de discernimiento y en el periodo posterior a su decisión, ya sea que continúe el embarazo o lo interrumpa.

Para acceder a la prestación, la causal invocada debe ser acreditada. Cuando la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida, es necesario el diagnóstico de un médico o médica. La norma técnica del Ministerio de Salud (Minsal) aclara que el riesgo puede ser inminente o no inminente, y aporta un conjunto de condiciones clínicas –advirtiendo que no se trata de un catálogo taxativo– “que según la evidencia son indiciarias de riesgo vital”,³¹ así como de las causas directas e indirectas más frecuentes de muertes maternas.

Cuando el embrión o feto padece una patología de carácter letal, incompatible con la vida independiente fuera del útero, la acreditación de la causal requiere de dos diagnósticos, en igual sentido, de médicos/las especialistas. El número de patologías que caben dentro de la ley es limitado y la norma técnica las incluye. Al mismo tiempo, se aclara que siempre será la evaluación del caso lo que determinará la posibilidad de constitución de esta causal.³²

29 Expresión de la Mesa Acción por el Aborto en Chile, Aborto: *respeto a la dignidad y a la decisión de las mujeres*, declaración enero 2016.

30 CADEM, Encuesta N°189, “70% está de acuerdo con que el Tribunal Constitucional haya aprobado el proyecto que despenaliza el aborto en tres causales”, 28 de agosto de 2017.

31 Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, *Norma técnica nacional de acompañamiento y atención integral a la mujer que se encuentra en alguna de las tres causales que regula la Ley 21.030*, aprobada mediante Resolución Exenta N°129, del 2 de febrero de 2018, pp.32-41.

32 *Ibid.*, p. 52.

Frente al embarazo producto de violación, la ley establece un plazo de 12 semanas para acceder al aborto, salvo cuando la afectada es menor de 14 años, circunstancia en que el plazo se amplía a 14 semanas. Para la acreditación de la causal, “un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción” (art 119 bis). La norma técnica establece que la concurrencia de esta causal debe ser evaluada sobre la base del análisis de la plausibilidad del relato, la idoneidad de los hechos relatados para producir un embarazo y la concordancia estimada entre la fecha de la violación relatada y la edad gestacional informada.³³

La ley reconoce el derecho a la objeción de conciencia en todas o alguna de las causales al médico/a requerido para interrumpir el embarazo y al resto del personal que cumpla funciones en el pabellón quirúrgico durante la intervención; también faculta la objeción de conciencia institucional (art. 119 ter). Esta fue una de las materias que mayores cambios tuvo en la tramitación legislativa y el paso por el Tribunal Constitucional (TC). En efecto, en el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, el derecho se otorgaba solo al médico o médica llamada a hacer la intervención. El Parlamento –por indicación aprobada en la Comisión de Constitución del Senado– extendió la posibilidad de objeción al equipo de profesionales presentes en el pabellón. Sin embargo, la amplitud dada a la objeción de conciencia en la ley es resultado de la sentencia del Tribunal Constitucional que: 1. Redujo las circunstancias en que el/la facultativo/a no puede excusarse de realizar el aborto solo a casos en que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, y no haya otro médico/a que pueda realizar la intervención;³⁴ 2. extendió el derecho de objeción a todo el personal en el pabellón, y no solo a los y las profesionales y 3; hizo plenamente procedente la objeción de conciencia institucional. Tal como señalan Sarmiento y Walker, este último es el aspecto más complejo del fallo pues “alteró radicalmente la intención del legislador de impedir la objeción de conciencia institucional”.³⁵ Durante la tramitación de la ley, hubo sectores tanto en la Cámara como en el Senado que propusieron

33 *Ibíd.*, p. 86.

34 El texto aprobado por el Parlamento incluía la imposibilidad de objetar en la causal violación cuando la mujer estuviera frente al vencimiento inminente del plazo legal para acceder a la interrupción.

35 Claudia Sarmiento y Elisa Walker, “Tramitación legislativa del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, en Lidia Casas y Gloria Maira, comp., *Visiones Contrapuestas sobre el artículo 19 n°1 de la Constitución: reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto en tres causales*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, p. 151.

incorporarla;³⁶ sin embargo, en ambas instancias esas indicaciones fueron rechazadas y, en expreso sentido contrario, se agregó la frase “la objeción de conciencia es de carácter personal y *en ningún caso* puede ser invocada por una institución” (énfasis nuestro).³⁷ El TC eliminó la expresión “en ningún caso”, con lo cual las instituciones quedaron plenamente habilitadas para invocarla.³⁸

Desde septiembre de 2017 a junio de 2018, el Ministerio de Salud informa conocimiento de 341 casos constitutivos de las tres causales contempladas en la Ley 21.030. De estos, el 49% corresponde a la primera causal (166 casos), 35% a la segunda (121 casos), y 16% a la tercera (54 casos). La gran mayoría de las mujeres enfrentada a alguna de las causales decidió interrumpir el embarazo: 95%, 83% y 94%, respectivamente.³⁹

Al igual como ha sucedido en otros países de la región, desde la entrada en vigor de la ley, la objeción de conciencia ha mostrado ser un obstáculo para que las mujeres accedan a la prestación en los casos autorizados. A continuación, se revisan los estándares de derechos humanos en la materia y, luego, las dificultades en la implementación de la ley relacionadas con este tema y su impacto en el ejercicio de un derecho reconocido para las mujeres.

2.1. Estándares de derechos humanos respecto del acceso al aborto legal y la objeción de conciencia

Los Estados de la región, en la primera reunión de la Conferencia regional sobre población y desarrollo de América Latina y el Caribe acordaron “asegurar, en los casos en que el aborto es legal o está despenalizado en la legislación nacional, la existencia de servicios de aborto seguros y de calidad para las mujeres que cursan embarazos no deseados” (párr.

36 Entre otros momentos, en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, Ignacio Sánchez, rector de la Universidad Católica, se pronunció en este sentido en su presentación del 7 de abril de 2015.

37 Indicación presentada por el senador Alfonso de Urresti en la Comisión de Constitución del Senado.

38 Excede el propósito de este capítulo analizar el rol de “tercera cámara” que el TC estaría desempeñando en esta y otras materias que han sido puestas a su consideración. Sin embargo, es importante señalar que la actuación del órgano constitucional ha sido objeto de críticas por parte de parlamentarios/as de ambas Cámaras, pues se alega abrogación de funciones legislativas que no tiene. Ver, entre otras notas de prensa, [eldinamo.cl: “Senadores presentan recurso contra el TC por ‘legislar’ y ‘crear reglas’ en objeción de conciencia”, 5 de septiembre de 2017](#); [latercera.cl: “Cámara pide al Tribunal Constitucional rectificar fallo por objeción de conciencia”, 6 de septiembre de 2017](#). También, el Partido Comunista interpuso un requerimiento de nulidad de derecho público en contra del Tribunal Constitucional respecto de la objeción de conciencia institucional.

39 Ministerio de Salud, IVE: Reporte mensual actualizado al 18 de junio de 2018. Visto en [www.minsal.cl](#), 29 de junio de 2018.

42).⁴⁰ El acuerdo nace de la constatación de que la existencia de normas que permiten el aborto en determinadas circunstancias no siempre van acompañadas de servicios que hagan la prestación accesible a todas las mujeres. De hecho, varios órganos de tratados se han referido a la materia precisamente por las dificultades de ejercicio del derecho que se constatan en varios países a nivel mundial y regional. En una recopilación de estándares en la materia, el Alto comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos incluye la objeción de conciencia como un grave obstáculo para que las mujeres accedan a servicios de salud seguros y de buena calidad.⁴¹

En los tratados de derechos humanos no se consagra el derecho a la objeción de conciencia. Solo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos hace mención a “la exención por razones de conciencia” del servicio militar en los países en que la legislación otorga esta prerrogativa (artículo 8.3.c) ii), disposición incorporada en igual sentido en la Convención Americana de Derechos Humanos.⁴² En ambos instrumentos la referencia a la objeción de conciencia es respecto del servicio militar y es un asunto del derecho interno de los Estados.

El fundamento del derecho a la objeción de conciencia, entendiendo por tal “el derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley”,⁴³ se construye a partir de los derechos a la libertad de conciencia, religión y pensamiento, consagrados en varios instrumentos de derechos humanos.⁴⁴ En el ámbito de la salud, y particularmente de lo relativo a la salud sexual y reproductiva,

40 CEPAL, *Primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe, Consenso de Montevideo sobre población y desarrollo*, LC/L.3697, Montevideo 12 a 15 de agosto de 2013. En igual sentido acordaron los Estados miembros de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe participantes en la XII Conferencia regional sobre la mujer de América Latina y el Caribe, reunidos en Santo Domingo, del 15 al 18 de octubre de 2013.

41 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, serie de información sobre salud y derechos sexuales y reproductivos: Aborto, 2013. Disponible en: <https://www.ohchr.org>.

42 Pacto de Derechos Civiles y Políticos: art 3. “c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo: ... ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia”. En la Convención Americana, art 6 se señala que “3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: (...) b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;”.

43 Definición utilizada por el TC en su sentencia (considerando 125), tomada de la Corte IDH en *Cristián Daniel Sahli Vera y otros versus Chile*, 10 de marzo de 2005, N° 37.

44 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 18; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 12.; Convención Europea de Derechos Humanos, art. 9; entre otros.

la Comisión IDH⁴⁵ –en sintonía con lo que ha expresado el sistema universal y europeo de derechos humanos– reconoce que los y las profesionales de la salud tienen derecho a que se respete su libertad de conciencia y, por tanto, pueden negarse a otorgar ciertas prestaciones por ser contrarias a sus convicciones personales. Dice la Comisión que “el derecho a la objeción de conciencia del profesional de salud es una libertad.”⁴⁶ El derecho no puede ser suspendido, pero sí limitado en los términos contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos: las limitaciones deben estar prescritas en la ley y ser necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás (art 18.3). La Comisión concluye que “los Estados deben garantizar que las mujeres no se vean impedidas de acceder a la información y a servicios de salud reproductiva, y frente a situaciones de objetores de conciencia de la salud, deben establecer procedimientos de referencia, así como de las sanciones respectivas frente al incumplimiento de su obligación.”⁴⁷

En el sistema universal, tanto el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) como el Comité de la CEDAW han hecho referencia a la objeción de conciencia en el contexto del derecho a la salud. Ambos órganos señalan que su invocación no puede afectar el acceso a servicios de salud reproductiva y, en consecuencia, establecen responsabilidad en los Estados para que se disponga de proveedores suficientes que hagan posible la atención de las prestaciones denegadas.⁴⁸ El Comité DESC indica que “en caso de que se permita a los proveedores de servicios de atención de la salud invocar la objeción de conciencia, los Estados deben regular adecuadamente esta práctica para asegurar que no impida a nadie el acceso a los servicios de atención de la salud sexual y reproductiva, en particular exigiendo que se remitan los casos a un proveedor accesible con capacidad y disposición para prestar el servicio requerido y que no impida la prestación de servicios en situaciones urgentes o de emergencia.”⁴⁹

Por su parte, la objeción de conciencia institucional no merece el mismo tipo de reconocimiento. El Comité de la CEDAW ha indicado que esta es una facultad de manifestación individual y no una

45 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II., 22 de noviembre de 2011, párr. 93 y 94.

46 *Ibid.*, párr. 94.

47 *Ibid.*, párr. 99.

48 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general núm. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de mayo de 2016, U.N. Doc. E/C.12/GC/22. Comité de la CEDAW, *Recomendación General 24 sobre la mujer y la salud (artículo 12)*, adoptada en 20º período de sesiones, 1999.

49 Comité DESC citado *supra*, párr. 43.

prerrogativa de las personas jurídicas.⁵⁰ En el sistema interamericano, el Centro de Derechos Reproductivos hace notar que no se reportan aún decisiones vinculantes respecto de la objeción de conciencia en materia de salud reproductiva. Sin embargo, en su opinión, la lectura conjunta de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *caso Artavia Murillo versus Costa Rica* y de las consideraciones de la Comisión IDH en su informe sobre el acceso a la información en materia reproductiva –citado antes en este capítulo– indican que para el sistema la objeción de conciencia es un derecho que solo puede ser reconocido a personas naturales, y no pueden ser titulares personas jurídicas o el Estado.⁵¹

Las conclusiones relevantes de la Corte IDH que se destacan respecto del punto en revisión son: “Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal” y que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva”.⁵² Por su parte, la Comisión IDH incorpora, en su razonamiento sobre la objeción de conciencia, los estándares desarrollados por la Corte Constitucional de Colombia que determinó los límites del derecho de la siguiente manera: La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado, solo es posible reconocerlo a las personas naturales; es una decisión individual y no institucional o colectiva; procede cuando se trate de una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada y debe presentarse por escrito; aplica solo a prestadores directos y no al personal administrativo; el médico que alegue objeción de conciencia tiene la obligación de proceder a remitir a la mujer a otro médico que sí puede realizar el servicio solicitado.⁵³

De lo hasta aquí expuesto se puede afirmar que, de acuerdo con los estándares de derechos humanos, la objeción de conciencia es

50 Comité de CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Hungría*, aprobadas en su 54o periodo de sesiones (11 de febrero a 1 de marzo de 2013), CEDAW/C/HUN/CO/7-8. En específico, el Comité recomendó al Estado que “establezca un marco normativo y un mecanismo de supervisión adecuados para el ejercicio por los profesionales de la salud de la objeción de conciencia, y vele por que esta siga siendo una decisión personal y no una práctica institucionalizada y se acompañe de información a las mujeres sobre las alternativas existentes” (párr. 31, d).

51 Center for Reproductive Rights, *Objeción de conciencia y derechos reproductivos. Estándares Internacionales de derechos humanos*, CRR LAC Conscientious Objection Fact Sheets, octubre de 2013.

52 Corte IDH, *Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) versus Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012, párr. 148 y 147 respectivamente.

53 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la información en materia reproductiva...*, op. cit., párr. 97.

un ámbito de la libertad individual que debe ser protegido. Es un derecho reconocido a las personas naturales, que son quienes tienen conciencia. Al mismo tiempo, el derecho tiene límites que deben ser prescritos por ley, pues su ejercicio no puede implicar, específicamente en la materia en revisión, que las mujeres no puedan acceder al aborto legal que la legislación les reconoce ni impedir la atención en situaciones de emergencia.

Recientemente, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) se pronunció respecto de las responsabilidades del Estado frente a la objeción de conciencia y su impacto en el acceso al aborto legal. En el caso *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) versus Italia*, el Comité resolvió que Italia viola los derechos de las mujeres que quieren acceder a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y de los médicos no objetores de conciencia por la incorrecta aplicación de la Ley 194/1978, sobre “Normas para la protección social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo”.⁵⁴ El Comité pudo comprobar, entre otras situaciones: la reducción en el número de hospitales públicos y centros de salud donde se practican procedimientos de aborto a nivel nacional; la existencia de un número significativo de hospitales donde, incluso si existe una unidad de ginecología, no hay ginecólogos que no sean objetores, o solo hay uno; y casos de no sustitución de médicos no objetores por otros que no lo sean que no están disponibles.⁵⁵ Como resultado, muchas mujeres se ven privadas de un acceso efectivo a los servicios de aborto en razón de la zona donde viven. El trato diferenciado sobre esta base puede, por extensión, provocar un impacto adverso en las mujeres de los grupos de menores ingresos que pueden tener menos posibilidades de viajar a otras partes de Italia o al extranjero para acceder a servicios de aborto.⁵⁶ Respecto de los médicos/as no objetores, el Comité constató un trato diferenciado en términos de carga de trabajo, distribución de tareas y oportunidades de desarrollo profesional, que surge simplemente del hecho de que prestan servicios de aborto de conformidad con la ley.⁵⁷ Tanto para las mujeres como para los médicos/as no objetores, el Comité concluye que la diferencia de trato es resultado de la aplicación inadecuada de la Ley 194/1978, y que constituye violación del derecho a la no discriminación junto con el derecho a la salud para las primeras (art. E en conjunción con art. 11 de la Carta Social) y del derecho al trabajo y a la dignidad en el trabajo (art. 1.2 y 26.2) para los segundos.

54 Comité Europeo de Derechos Sociales CEDS, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) versus Italy*, Complaint N°91/2013, 11 de abril de 2016.

55 *Ibid.*, párr. 174.

56 CEDS, *op. cit.*, párr. 189-193.

57 *Ibid.*, párr. 235-246.

2.2. Implementación de la ley IVE: problemas derivados de la objeción de conciencia en el sector público y privado de salud

La implementación de la Ley 21.030 obliga a la promulgación de protocolos y reglamentos que guían el actuar de los establecimientos y de los equipos de salud en la red pública y la red privada. El saliente gobierno de Michelle Bachelet promulgó el reglamento de las prestaciones incluidas en el programa de acompañamiento y materias afines –publicado en el Diario Oficial el 8 de febrero de 2018– y la norma técnica de acompañamiento y atención integral.⁵⁸ Respecto de la objeción de conciencia, el protocolo dictado bajo la administración de Bachelet⁵⁹ fue modificado por el gobierno entrante de Sebastián Piñera a los 10 días de haber asumido.⁶⁰ Es en este ámbito donde se han expresado los mayores conflictos en la implementación de la ley, tanto en relación con la objeción de conciencia personal como con la institucional.

En materia de objeción de conciencia institucional, el protocolo dictado por la administración de Bachelet establecía la imposibilidad de objeción de conciencia para los establecimientos públicos de salud y, respecto de la salud privada, indicaba que aquellos “que se encuentren adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud mediante la celebración de convenios a los que se refiere el decreto con fuerza de ley N°36 de 1980, del Ministerio de Salud, no pueden invocar objeción de conciencia, en la medida en que el objeto de dichos convenios contemple prestaciones de obstetricia y ginecología”.⁶¹ El tipo de convenio a que refiere el decreto es aquel “en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos”.⁶² Con estas disposiciones el protocolo buscaba garantizar el acceso al aborto legal a las mujeres – particularmente a aquellas que se atienden en la salud privada y las que tienen aseguramiento público, pero se atienden en establecimientos privados– y, al mismo tiempo, reglamentar el derecho a la objeción de conciencia institucional.

58 Norma técnica aprobada mediante Resolución Exenta N°129, del 2 de febrero de 2018.

59 Resolución N°61 exenta, el 22 de enero de 2018, que aprueba el “Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario”, publicada en el Diario Oficial el 27 de enero de 2018.

60 Resolución N° 432 exenta, el 22 de marzo de 2018, que aprueba el “Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario” y deja sin efecto la Resolución N° 61 exenta del 22 de enero de 2018, publicada en el Diario Oficial el 23 de marzo de 2018.

61 Resolución N°61, op. cit, IV. Objeción de conciencia invocada por instituciones, 2.

62 Ministerio de Salud, Decreto con Fuerza de Ley N°36, de 1980, establece normas que regularan los convenios que celebren los servicios de salud con otras entidades, relativos a las acciones de salud que a dichos servicios corresponde ejecutar, art. 2.

La imposibilidad de objetar conciencia por parte de los establecimientos de salud que tuvieran este tipo de convenios con el Ministerio en el ámbito gineco-obstétrico fue recurrido de protección por parte de la Universidad Católica y la Clínica Alemana de Osorno. Estos recursos fueron superados con la adopción de un nuevo protocolo, por parte del gobierno entrante, que eliminó la restricción a los establecimientos de salud que tuvieran convenios en el contexto del decreto N°36 antes mencionado. En efecto, el nuevo protocolo dispuso como único requisito para invocar la objeción de conciencia institucional una comunicación al Ministerio de Salud “que informe sobre la decisión de sus órganos competentes de invocar institucionalmente la objeción de conciencia”.⁶³ El giro dado por la nueva administración claramente marcaba distancia con la excepcionalidad de la objeción de conciencia y reducía las posibilidades de acceder a la prestación a las mujeres que lo necesitaran, vulnerando con ello el ejercicio del derecho recientemente adquirido.

Tales consideraciones fueron representadas ante la Contraloría General de la República (CGR) en diversos requerimientos, entre estos, el de Corporación Humanas. De acuerdo con esta organización, “la administración dicta una resolución que trastoca el carácter excepcional de la objeción de conciencia. Entre otros elementos, reduce las posibilidades de las mujeres a acceder a la prestación de salud, en la medida que permite a personas jurídicas acogerse a la objeción de conciencia sin explicitar el o los fundamentos morales y/o religiosos que sustentarán tal posición. Es más, para ello ni siquiera se exige que tal decisión sea producto de un acuerdo colectivo a nivel del directorio o de asamblea de la institución privada, de tal forma que represente el sentir de todos o al menos de la mayoría de sus integrantes, materializando el ideario de dicha institución; bastando en cambio que se comunique a través del representante legal”.⁶⁴

El dictamen de Contraloría, emitido en mayo de este año, indica que el protocolo en revisión no se ajusta a derecho y obliga al Ministerio de Salud a emitir un nuevo instrumento, esta vez, un reglamento. El órgano contralor reafirma que los establecimientos privados que cumplen convenios en el marco del decreto con fuerza de ley N°36 no pueden adoptar una posición que les impida realizar las prestaciones de salud a que se encuentra obligado el Estado, pues sustituyen a los Servicios de Salud en la ejecución de las respectivas acciones de salud estatales, cumpliendo por tanto una función pública. Agrega la CGR que el protocolo “contiene ciertos elementos que desatienden la condición de

63 Resolución N°432, op. cit., IV. Objeción de conciencia invocada por instituciones, 5.

64 Corporación Humanas, requerimiento presentado ante CGR para que deje sin efecto la Resolución N° 432 exenta de dicha cartera, de fecha 22 de marzo de 2018.

excepcionalidad de la objeción de conciencia, como es el caso del establecimiento de presunciones ante la falta de manifestación de voluntad expresa por parte del objetor o ante la ausencia de una formalidad en el procedimiento correspondiente, que no tienen fundamento legal, lo que tampoco resulta procedente”.⁶⁵ En consecuencia, el Ministerio ha presentado un reglamento que recoge las observaciones de la Contraloría y que se encuentra en espera de toma de razón.

Evidentemente, el dictamen de la CGR es conteste con la obligación del Estado de garantizar a las mujeres el acceso al aborto en las causales aprobadas en la ley. Sin embargo, no resuelve el problema creado por el Tribunal Constitucional al extender la objeción de conciencia a las personas jurídicas sobre la base de la autonomía y el libre derecho de asociación que la Constitución reconoce a los grupos intermedios de la sociedad. El TC afirma en su sentencia que “la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas, en este caso, con arreglo a la autonomía constitucional que a los grupos intermedios de la sociedad les reconoce la propia Carta Fundamental”.⁶⁶ Y, por tanto, “pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N° 6, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N° 11, de la Carta Fundamental”.⁶⁷ Sobre esta base, sectores contrarios al aborto, y que defienden la objeción de conciencia institucional, han anunciado que recurrirán ante el Tribunal Constitucional pues consideran que el dictamen de la CGR es inconstitucional.⁶⁸ El derecho de las mujeres de acceder al aborto legal se afectará gravemente si esta argumentación es acogida, particularmente para aquellas que se atienden en el servicio privado de salud y quienes teniendo aseguramiento público (FONASA) integran la cobertura delegada a establecimientos privados, instituciones que ya han manifestado su voluntad de acogerse a la objeción de conciencia institucional.

En materia de objeción de conciencia personal, la revisión de los dos protocolos antes mencionados y del reglamento en proceso de toma de razón muestra una diferencia importante respecto de la obligación de acceso a la prestación que tienen los establecimientos públicos y privados salud. En los primeros se reglamentaba que “el establecimiento de salud debe contar con al menos un equipo de salud

65 CGR, dictamen 011781N18, de fecha 9 de mayo de 2018.

66 Tribunal Constitucional, Rol No. 3729 (3751), considerando 136.

67 *Ibíd.*

68 Cooperativa.cl: “Objeción de conciencia: Chile Vamos dividido por intención de llegar al Tribunal Constitucional”, 3 de julio de 2018.

disponible para realizar interrupción voluntaria del embarazo. Si, por una situación excepcional, el establecimiento no cuenta con personal que otorgue la atención solicitada, será responsable de asegurar la derivación inmediata de la paciente a otro establecimiento de salud ... Sin embargo, esta circunstancia no libera al establecimiento de salud de su obligación de dar atención a la mujer en cualquiera de las tres causales de interrupción voluntaria del embarazo, para cuyo efecto, debe siempre procurar los medios para salir de la imposibilidad y quedar en condiciones de asignar o reasignar en forma inmediata otro profesional disponible para otorgar la prestación a la paciente”.⁶⁹ El reglamento puesto a consideración de la CGR no libera al establecimiento de asegurar la prestación en cualquiera de las causales, pero no se establece la obligación de contar, al menos, con un equipo no objetor. La no afectación del acceso a la prestación médica se resuelve únicamente vía derivación, si el establecimiento no cuenta con el personal que la otorgue.⁷⁰

El hecho de que en establecimiento públicos de salud la totalidad de los facultativos llamados a intervenir se declaren objetores de conciencia representa un obstáculo evidente para que las mujeres puedan hacer ejercicio de su derecho al aborto legal, tal como indican los estándares de derechos humanos revisados y la propia resolución del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) respecto del caso italiano, que tiene muchas similitudes con la situación que se está produciendo en Chile.

Funcionarios/as objetores de conciencia, totales nacionales a junio de 2018

Profesión	Total personal contratado	Objeción 1era causal	Objeción 2da causal	Objeción 3era causal
Médico/a obstetra	1.140	231 (20%)	311 (27%)	538 (47%)
Anestesiista	729	68 (9,3%)	100 (13,7%)	158 (21,6%)
Matronería	1.019	122 (12%)	188 (18,4%)	211 (20,7%)
Personal técnico paramédico	1.768	188 (10,6%)	210 (11,8%)	233 (13%)

*Fuente: elaboración propia sobre la base de datos del Ministerio de Salud*⁷¹

69 Resolución 61, op. cit., II. Obligaciones del establecimiento de salud 1. obligaciones generales, 1.b).

70 Ministerio de Salud, Reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del código sanitario, Título IV. Proceso de reasignación o derivación, arts. 24-27.

71 Minsal.cl, funcionarios objetores de conciencia por servicios de salud, 29 de junio de 2018.

La causal mayormente objetada es la de interrupción de embarazo en caso de violación, en donde 47% del personal médico se declara objetor. Los datos más preocupantes se evidencian en los servicios de salud del Maule, O'Higgins, Araucanía Norte y Araucanía Sur y en Osorno, donde los 16 obstetras contratados se declaran objetores de la tercera causal. En el lado opuesto destaca el servicio de salud de Talcahuano, en la región de Biobío, donde no se registra objeción de conciencia a ninguna causal. De los rangos de objeción de conciencia se infiere que muchas mujeres, y particularmente las niñas y jóvenes que reportan mayor prevalencia de violencia sexual con resultado de embarazo,⁷² serán derivadas para poder acceder a la prestación, lo que tiene consecuencias para las afectadas y vulnera la exigencia de que los servicios deben estar disponibles en todo el país.

Los medios de comunicación han informado de varios casos que están actualmente en investigación por cuanto habría incumplimiento de la ley y se habría vulnerado gravemente los derechos de las mujeres. Sin perjuicio de los resultados de estos procesos legales, la información de prensa permite visualizar los costos que tienen para las mujeres los obstáculos que la objeción de conciencia pone al ejercicio de sus derechos. Uno de esos casos es el de Fernanda, quién ha planteado una acusación contra el Hospital de Quilpué que le negó un aborto por inviabilidad fetal. En su paso por el establecimiento de salud se le negó el procedimiento por razones de objeción de conciencia y ella terminó dando a luz un feto muerto en una sala del recinto.⁷³ Otro caso, de trágicas consecuencias, es el de Estefanía, quien ingresó al hospital de Curicó con un embarazo de cinco meses y en riesgo vital.⁷⁴

La implementación de la Ley 21.030 recién comienza y no han cesado los obstáculos para hacer efectivo el derecho al aborto legal en las 3 causales aprobadas. Varias organizaciones agrupadas en la Mesa Acción por el Aborto en Chile están realizando un seguimiento a la política pública a través de un observatorio ciudadano. Es temprano aún para contar con una visión completa de sus potencialidades y

72 Para una revisión de los datos y la respuesta institucional a este problema ver: Lidia Casas y otros, "Respuesta del Estado de Chile a casos de embarazo producto de la violencia sexual", en *Los efectos de la violencia sexual contra niñas y mujeres. Los casos de la violación con resultado de embarazo y de la violencia sexual contra las mujeres migrantes en la ruta hacia Chile*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018.

73 Biobio.cl: "Hospital de Quilpué responde acusación de haber negado procedimiento de aborto", 30 de abril de 2018. La tercera.com: "Pedí el aborto porque mi hijo se retorció de dolor dentro de mi vientre", el caso que ilustra cómo la objeción de conciencia obstaculiza la aplicación de la ley en Chile, por Constanza Hola, BBC News Mundo, jueves 19 de julio de 2018.

74 Radiolaprensa.cl: "Colectivo de mujeres exige investigación por muerte de joven embarazada", 14 de abril de 2018. El desconcierto.cl: "La historia de Estefanía Cabello, la mujer que murió tras aborto y que pone en alerta aplicación de las 3 causales", 18 de abril de 2018.

obstáculos. Sin embargo, lo aquí revisado da cuenta de las dificultades que crea la objeción de conciencia, tal como ha sido en otros países de la región, y de la violación a los derechos humanos que conlleva para las mujeres.

CONCLUSIONES

En las pasadas elecciones parlamentarias, la aplicación del criterio de paridad flexible 40%-60% en la conformación de las listas de candidaturas, junto con otras normas en favor de la participación política de las mujeres incluidas en las recientes reformas al sistema político electoral, posibilitó un importante aumento del número de diputadas y senadoras electas. Al mismo tiempo, los estudios y análisis disponibles indican que los partidos y las coaliciones tuvieron dificultades para cumplir con la disposición legal y que, en varias listas y distritos electorales, la inclusión de candidatas mujeres tuvo solo este propósito y no un real compromiso con aumentar su elegibilidad y mayor presencia en cargos de elección popular.

En materia de autonomía reproductiva, con la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en las causales de riesgo vital, inviabilidad fetal letal y violación se acogen las recomendaciones que todos los órganos de tratados de derechos humanos habían formulado al país por casi dos décadas. La tramitación legislativa de la ley abrió espacio a un debate público sobre el aborto y el derecho a decisión de las mujeres. El amplio apoyo a las tres causales develó una sociedad mucho más abierta a caminar hacia el reconocimiento de derechos y libertades individuales. Al mismo tiempo, el acceso al aborto legal sigue siendo un campo en disputa; así lo evidencian las distintas interpretaciones de la objeción de conciencia que han dado instituciones como el Tribunal Constitucional, el Ministerio de Salud y la Contraloría General de la República.

Los avances reportados, aunque significativos, aún mantienen brechas con los estándares de derechos humanos de las mujeres que el país se ha obligado a cumplir con la ratificación de los tratados internacionales y regionales en la materia.

RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones anteriores se recomienda al Estado:

1. Promover la participación de las mujeres adoptando la regla del 40%-60% en todas las elecciones –y al menos en las próximas elecciones municipales– y considerar su integración en todos los poderes del Estado.

2. Perfeccionar y fiscalizar efectivamente la normativa secundaria que implementa las leyes electorales, de manera de fortalecer su plena implementación en favor del derecho de las mujeres a ser elegidas en igualdad de condiciones que los hombres.
3. Incorporar al reglamento que regula la prestación del aborto por tres causales la obligatoriedad de que los establecimientos públicos de salud cuenten al menos con un equipo no objetor de conciencia.
4. Incorporar una medida de acción afirmativa en la contratación de personal para los hospitales y en particular las unidades de alto riesgo obstétrico, que favorezca al personal no objetor de conciencia.
5. Aplicar requisitos estrictos de justificación para impedir el uso general de la objeción de conciencia por los médicos que se niegan a practicar abortos, también en las clínicas privadas, y velar por el acceso al aborto en condiciones seguras, en especial de las niñas y las adolescentes menores de 18 años víctimas de violencia sexual.

DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE¹

1 Capítulo elaborado por Antonia Rivas con la importante colaboración de los ayudantes Antonia Mora, Francisco Camus y Catalina Núñez.

SÍNTESIS

La presente sección aborda desde la óptica de los derechos humanos de los pueblos indígenas los principales hechos acaecidos en el periodo en revisión. Se le da particular énfasis a aquellos hechos relacionados con estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas. De esta manera se analizan los acontecimientos vinculados con el derecho a la autodeterminación y participación política, a la consulta previa, y, por último, con el reconocimiento del derecho de igualdad ante la ley de los pertenecientes a pueblos indígenas. Se dará especial importancia a los casos *Luchsinger Mackay, Iglesias y Huracán*, a la Ley Antiterrorista y a la situación de violencia en el sur del país. Finalizará el capítulo con recomendaciones al Estado para adecuar su actuar a los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas.

PALABRAS CLAVES: Pueblos indígenas, autodeterminación, consulta indígena, territorios indígenas, Ley Antiterrorista, abuso policial.

INTRODUCCIÓN

Esta sección del *Informe 2018* tiene por objetivo presentar los hechos más relevantes ocurridos en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile entre junio de 2017 y julio de 2018, con especial énfasis en temas relevantes seleccionados desde la óptica de los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas. Como es sabido, la relación de los pueblos indígenas con el Estado no ha sido fácil, pasando por momentos más álgidos y otros de mayor calma. Los medios de comunicación y la opinión pública prestan atención a algunas aristas de esta relación, especialmente la del pueblo mapuche con la violencia que es posible apreciar en la zona sur del país. Sin embargo, otras dimensiones de este pueblo y los 8 restantes, son prácticamente ignoradas.

De esta manera, pareciera que todo lo indígena en Chile se agota con lo que se ha denominado “conflicto mapuche”, dejando afuera asuntos muy importantes. Esto se puede apreciar muy claramente cuando analizamos los nombres que se le han puesto a los proyectos o anuncios de políticas públicas en materia indígena en los últimos dos gobiernos, los que han sido conocidos como “Planes Araucanía”, a pesar de que la población que pertenece a pueblos indígenas habita a lo largo y ancho de todo Chile, y no solo es parte del pueblo Mapuche, como varias consultas indígenas a nivel nacional han demostrado.

Las dimensiones del conflicto entre los pueblos indígenas y el Estado son muchas y de muy variada índole, y en el intento de entregar una visión más panorámica y completa, a partir de estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas seleccionados, dividiremos el informe de la siguiente manera:

- Derecho a la autodeterminación y participación política.
- Derecho a la consulta previa.
- Derecho de igualdad ante la ley (y la justicia, garantías procesales) de los miembros de pueblos indígenas. *Ley Antiterrorista, Caso Huracán, Caso Iglesias*. Casos de violencia policial.

Respecto al derecho al territorio, demanda fundamental de los pueblos indígenas, hemos decidido no incorporarlo en este capítulo en esta ocasión, pues no hay avances o novedades significativas que reportar a la fecha del cierre del Informe.

Vale la pena resaltar los resultados del censo 2017 según el cual, 2.185.792 personas se declaran pertenecientes a alguno de los 9 pueblos indígenas reconocidos en la Ley Indígena 19.253, esto es, un 12,8% del total de la población general. El pueblo mapuche, representa el 9,9% de toda la población chilena, siendo el más numeroso al representar un 78,8% de las personas que se reconocen como indígenas. Esto significa un aumento muy importante respecto a las cifras del censo de 2002, este último muy criticado por la forma en que se formuló la pregunta de autoidentificación indígena, que determinó que el 4,6% de la población era indígena, muy distante al 10,3% del censo anterior realizado en abril de 1992. El dato actual es mucho más cercano a las cifras que nos entregaban las Encuestas de Caracterización Socioeconómicas, CASEN.² La importancia de contar con datos claros y certeros, desagregados por regiones y comunas, sobre la cantidad de habitantes indígenas es primordial, puesto que permite desarrollar una política pública más útil y cercana a la realidad.³

Es importante recalcar que los pueblos indígenas siguen teniendo una situación de desventaja significativa en relación con la población no indígena. De la lectura de la encuesta Casen 2015 de caracterización socioeconómica nacional de la población, se deduce una importante desventaja –que existe hace mucho tiempo– en asuntos tan relevantes como el ingreso, el empleo, la salud y la educación respecto de la población no indígena. A modo de ejemplo, en lo relativo al porcentaje de personas en situación de “pobreza”, medida en función de los ingresos, si bien se observa una tendencia general a la disminución, la pobreza de personas pertenecientes a pueblos indígenas es de un 18,3 % frente al 11% de la población no indígena.⁴

2 Casen 2015. *Pueblos Indígenas, Síntesis de Resultados*. Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Evaluación Social, 26 de julio de 2017.

3 Susana Schkolink, Fabiana Del Popolo, “Los censos y los pueblos indígenas en América Latina: Una metodología regional”. *Notas de Población* N° 79 CEPAL, 2005; Verónica Figueroa; “La realidad de los Pueblos Indígenas en Chile: Una aproximación sociodemográfica para contribuir al diseño de políticas públicas pertinentes”, *Revista Anales Séptima Serie*, N° 3, julio 2012; Marcos Valdés, “Tres décadas de cuantificación de la población indígena en Chile a través de los censos” *Notas de Población*. CEPAL, págs. 207- 225, 2016.

4 Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Evaluación Social. Casen 2015. *Pueblos indígenas, síntesis de resultados*. 26 de julio de 2017.

1. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA

1.1. Voces que piden la denuncia del Convenio 169 de la OIT

Un hecho que causó mucha preocupación en los círculos académicos e indígenas⁵ fueron las voces que se escucharon desde la coalición del entonces presidente electo Sebastián Piñera, sobre la posibilidad de “denunciar”, esto es, retirarse del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, ratificado por Chile en 2008.⁶ Todos los Convenios de la OIT entregan a los Estados que los han suscrito la posibilidad de denunciarlos, es decir, de retirarse del acuerdo y dar por finalizadas las obligaciones en ciertos plazos determinados.

En el caso del Convenio 169, el artículo 39 señala que “todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor”. Esta posibilidad de denuncia operaría entre el 5 de septiembre de 2021 y el 5 de septiembre de 2022, y no antes como se había señalado en algunos medios de comunicación.⁷ Entre los argumentos utilizados por grupos asociados al sector empresarial en la región de La Araucanía se plantea que el Convenio 169 de la OIT, único instrumento internacional vinculante sobre derechos de los pueblos indígenas, sería lesivo para los intereses del empresariado regional y perjudicial para el país,⁸ señalando que “retrasa el desarrollo” y que “es una traba para las inversiones”.⁹ Desde el inicio de este gobierno se han escuchado voces, principalmente de los sectores empresariales asociados a la actual administración, respecto a las consecuencias que tendría el Convenio 169 de la OIT y en especial el derecho a la consulta indígena, en el desarrollo y las inversiones del país. Esta frase del abogado Juan Pablo Lepin aparecida en la prensa, retrata claramente esos temores: “La consulta indígena ha resultado un freno, o una traba, contra la inversión y a varios procesos que se ven retardados y que implican la dictación de una ley o un reglamento”.¹⁰

Nos parecen muy preocupantes estas acciones puesto que el Convenio 169 de la OIT se ha convertido en una herramienta muy importante

5 El Mostrador: “Indígenas e Intelectuales denuncian campaña para que Chile abandone durante mandato de Piñera Convenio 169 de la OIT”. 22 de marzo de 2018.

6 *El Mercurio*: “Chile y el Convenio 169”. Editorial martes 20 de febrero de 2018.

7 Organización Internacional del Trabajo, OIT, oficina para el Cono Sur. *Nota Técnica. El régimen de denuncia del Convenio 169*. Enero 2018.

8 La Tercera: “Eventual retiro de Chile del Convenio 169 inquieta a pueblos originarios”, 19 de enero de 2018.

9 *El Mostrador*: “Indígenas e intelectuales denuncian campaña para que Chile abandone durante mandato de Piñera Convenio 169 de la OIT”, 22 de marzo de 2018.

10 Economía y Negocios online: “Permanencia de Chile en Convenio 169, sobre pueblos indígenas, abre debate en IX Región”. 11 de febrero de 2018.

para los pueblos indígenas y quienes trabajan junto a ellos en la defensa de sus derechos humanos. Denunciar el Convenio significaría tomar acciones contrarias a los derechos de los pueblos, retroceder aún más en las ya complicadas relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado y desconocer normas que ya se encuentran incorporadas en el derecho chileno. Ningún país que haya ratificado el Convenio 169 lo ha denunciado. Lo mismo han entendido algunos diputados que solicitaron al Presidente de la República que transparente y ratifique su total respaldo a la plena vigencia del Convenio, descartando expresamente cualquier eventual denuncia de este significativo instrumento internacional.¹¹ Por otra parte, es fundamental considerar que, en base al principio de no regresividad y de proporcionalidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), sostenido por diversos organismos internacionales, los Estados no pueden tomar medidas que signifiquen retrocesos o desconocimientos de los derechos que ya habrían sido reconocidos en la legislación.

1.2. Ley Lafkenche sobre Espacio Costero Marino para los Pueblos Originarios

Este año se cumple una década desde la entrada en vigor de la ley que establece un Espacio Costero Marino para Pueblos Originarios, ECM-PO, Ley 20.249, conocida como Ley Lafkenche. Esta ley establece un mecanismo para destinar un espacio costero marítimo para la protección de los usos y costumbres indígenas, que es entregado en administración a las comunidades o asociaciones indígenas correspondientes, siempre y cuando no existan derechos constituidos por terceros en dicha área y CONADI emita un informe de usos consuetudinarios.¹² La ley se generó como parte de un proceso iniciado por las comunidades lafkenches, en el que participó activamente la organización *Identidad Lafkenche*. La promulgación de la ley fue considerada un importante triunfo del movimiento indígena. Sin embargo, a 10 años de su promulgación, se han comenzado a escuchar voces provenientes del mundo indígena y académico que cuestionan los largos tiempos que toman los procesos (hay solicitudes que llevan más de 10 años), la falta de claridad sobre los criterios para determinar la procedencia de la solicitud, el escaso número de solicitudes que cuentan con informes favorables de la CONADI o

11 Cámara de Diputados de Chile: "Solicitan al ejecutivo transparentar y ratificar un respaldo a la eficacia del convenio OIT 169", 28 de mayo de 2018.

12 Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria, Matías Mesa Lopehandía, "La Ley Lafkenche. Análisis y perspectivas a 10 años de su entrada en vigor", junio de 2018.

con resolución final positiva, entre otros problemas.¹³ A pesar de estas dificultades, pareciera que existe una buena evaluación por parte de las comunidades sobre la posibilidad que entrega la ley de aunar fuerzas con otras organizaciones vinculadas a los espacios marinos en cuestión, como las de los pescadores artesanales y del sector turístico¹⁴.

En los últimos meses se ha generado un debate sobre la aplicación de la ley por parte del sector empresarial, por estimar que no está cumpliendo su objetivo. Ese sector realizó un estudio¹⁵ que cuantifica en más de 3.000 millones la inversión paralizada en Chiloé por solicitudes de concesión suspendidas a causa de procesos derivados de solicitudes de ECOMPO por parte de comunidades o asociaciones indígenas. Por ello solicitan que se estudien cambios a la ley y se genere una mesa de diálogo, de manera de acelerar los procesos y generar los cambios, sobre todo respecto al efecto suspensivo de las solicitudes de indígenas, de manera de evitar los problemas que “afectan a los proyectos de inversión y a la actividad económica de zonas costeras”.¹⁶

A nuestro juicio, es importante hacer una revisión de la Ley Lafkenche en relación con los requerimientos que apuntan a lograr una mayor transparencia en sus procedimientos y criterios. No obstante, esta evaluación no puede ser realizada bajo un prisma meramente de desarrollo económico, sino que en base a un criterio de estándares de derechos humanos y de protección del medio ambiente, respetuoso de una visión amplia del derecho al territorio (tal como es entendido en el Convenio 169 de la OIT), de las otras formas de desarrollo, de la cosmovisión y las costumbres propias de los pueblos indígenas.

1.3. Anuncios del gobierno en materia indígena y estado de avance de proyectos de ley

El gobierno anterior ingresó al Congreso Nacional dos proyectos importantes en materia indígena: el Proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas, Boletín número 10687, y el Proyecto de Ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas, Boletín número 10526-06. Ambos proyectos fueron objeto de consultas indígenas.

13 Nicolás Gissi, Daniela Ibacache, Bernardo Pardo, y María Cristina Ñancuqueo. “El Estado chileno, los Lafkenche y la Ley 20.249: ¿Indigenismo o política del reconocimiento?” *Revista Austral de Ciencias Sociales*, (32), 5-21. 2017. Sara Zelada y James Park. “Análisis crítico de la ley Lafkenche (N° 20.249). El complejo contexto ideológico, jurídico, administrativo y social que dificulta su aplicación”. *Universum: revista de humanidades y ciencias sociales*, 28(1): 47-72. 2017. Claudio Espinoza. “Ley del borde costero y cuestión étnica en Chile: del discurso a la práctica política”. *Universum: revista de humanidades y ciencias sociales*, 31 (1): 123-139. 2016.

14 Futuro Renovable: Comunidades Williche llaman a defender Ley Lafkenche y detener el avance de industrias extractivas. 19 de julio 2018.

15 *La Tercera*: “Informe reservado de Sofía crítica ‘pasajes oscuros’ de la Ley Lafkenche y será presentado al gobierno”, 22 de junio 2018.

16 *Ibid.*

Ambas iniciativas se encuentran en el Senado y tuvieron sus últimos trámites legislativos en marzo de 2018. A la fecha de cierre de este informe, no se habían realizado anuncios por parte del Ejecutivo para retomar su discusión.

Otro dato que es importante mencionar es la elección de parlamentarios indígenas al Congreso Nacional (una diputada mapuche, un senador del mismo pueblo, y una senadora diaguita). Es significativo advertir que ellos fueron electos dentro del sistema tradicional de partidos políticos y no mediante un sistema de escaños reservados como ocurre en otros países.

En el discurso de la cuenta pública del presidente Sebastián Piñera, en junio de 2018, estos fueron los anuncios en materia indígena:

“Con respecto a nuestros pueblos originarios, vamos a impulsar un plan especial de desarrollo económico y social para las regiones donde ellos se concentran; vamos a impulsar el proyecto de ley que les otorga reconocimiento constitucional y vamos a apoyar y promover, porque tiene un tremendo valor, su historia, su tradición, su lenguaje, su lectura, su cosmovisión y su forma de vivir. Y por eso, estamos entusiasmados esperando las propuestas que nos hará el Grupo de Trabajo para el Desarrollo de la Paz, y el desarrollo pleno de La Araucanía. Esto también incluirá un esfuerzo especial para regularizar los títulos de propiedad, e incorporar a muchos de los miembros de nuestros pueblos originarios a la administración de los Parques Nacionales en las Áreas de Desarrollo Indígena”.¹⁷

Por otra parte, el ministro de Desarrollo Social, Alfredo Moreno, ha iniciado en los últimos meses una serie de reuniones y encuentro con muchas personalidades y organizaciones para la elaboración de un Plan Impulso Araucanía.¹⁸ Respecto a dicho diálogo señaló que “es importante escucharlos a todos y ver los puntos en común”.¹⁹

1.4. Reconocimiento constitucional y Consulta Constituyente

Como hemos señalado en *Informes* anteriores, en ninguna Constitución chilena se ha reconocido ni mencionado la existencia de pueblos indígenas en Chile, siendo una de las excepciones en Latinoamérica.²⁰ Desde 1990 se han presentado ocho proyectos de reforma constitucional para el reconocimiento de los derechos de los pueblos

17 Discurso presidente Sebastián Piñera, Cuenta Pública, 01 de junio de 2018.

18 Cooperativa: “La Araucanía: Ministro Moreno se reunió con ex vocero de la CAM”. 25 de junio de 2018.

19 Emol: “Ministro Moreno y Acuerdo por La Araucanía: “Es importante escucharlos a todos y ver los puntos en común”. 17 de julio de 2018.

20 Juan Esteban Fernández y Claudio Fuentes, “Reconocimiento de los pueblos indígenas: qué y cuánto se reconoce en las Constituciones del mundo”. *Documento De Trabajo Icso*—N° 46/2018. Serie Laboratorio Constitucional UDP, Instituto de Investigación en Ciencias Sociales UDP.

indígenas, pero ninguno se ha convertido en ley. Desde la presentación del primer proyecto, se ha pasado de una discusión centrada en la protección de los pueblos indígenas a un enfoque cuyo eje son los derechos colectivos, como el de la participación política. Sin embargo, a pesar de estas iniciativas, ningún proyecto se ha concretado. Las materias abordadas por los proyectos son diversas, pero tienen como denominador común la búsqueda del “reconocimiento” constitucional de los pueblos indígenas, aunque lo que varía en dichas propuestas es el grado de reconocimiento.²¹

Como una forma de remediar esta situación, y dentro de una iniciativa de la ex presidenta Bachelet de modificación de la actual Constitución, se llevó adelante un proceso de consulta indígena entre mayo de 2016 y noviembre de 2017, respecto a las medidas que se incluirían en el anteproyecto de la nueva Constitución Política. El proceso tuvo dos etapas; una de participación y una de consulta. La primera etapa estaba diseñada como un proceso de participación de toda la ciudadanía,²² y se contempló un espacio especial para los pueblos indígenas.²³ La segunda etapa denominada “Consulta Indígena”, tuvo lugar en el segundo semestre de 2017, con el objetivo de acordar –mediante un proceso que el gobierno denominó “diálogo incremental”– los contenidos relativos a los derechos de los pueblos indígenas que se recogerían en la propuesta de nueva Constitución. Este proceso culminó en un Encuentro Nacional de una semana, que finalizó con acuerdos y algunos desacuerdos respecto de los contenidos relativos al reconocimiento constitucional y los derechos de los pueblos indígenas que debían ser incluidos en el anteproyecto de la nueva Constitución de Chile.²⁴

Mediante el acta final²⁵ se suscribieron acuerdos totales en las siguientes cuestiones: reconocimiento de la preexistencia de los pueblos; deber del Estado de preservar, fortalecer y desarrollar su historia, identidad, cultura, lenguas e idiomas, instituciones, tradiciones propias y autoridades ancestrales; deber del Estado de promover la diversidad cultural del país; reconocimiento y protección de los derechos culturales y lingüísticos, su patrimonio cultural, material e inmaterial; y el principio de igualdad y no discriminación. Los acuerdos parciales, es decir, los temas en los que hay un acuerdo de fondo, pero discrepancias en la redacción, versaron sobre las siguientes cuestiones: interpretación

21 Claudio Nash y Constanza Núñez, “Reforma Constitucional y pueblos indígenas en Chile: Apuntes para el debate”, *Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano*, 2016.

22 Sistematización del proceso participativo constituyente indígena. Universidad de Chile. Mayo 2017. Santiago de Chile. <http://archivospresidenciales.archivonacional.cl>.

23 *La Tercera*: “Cronología del proceso constituyente impulsado por Bachelet”. 13 de octubre de 2015.

24 Sistematización del Proceso de Consulta Constituyente Indígena. Universidad de Chile, diciembre 2017.

25 *Ibíd.*

de la nueva Constitución, porcentaje de la representación y participación política, derecho a la salud, consulta y libre determinación. El único punto en desacuerdo total se dio en la discusión del concepto de territorio indígena.²⁶ Es importante mencionar que no todos los representantes de los pueblos indígenas suscribieron esta acta: algunos se retiraron antes,²⁷ otros decidieron voluntariamente no participar por sentir que no se daba el necesario clima de confianza o porque no se respetaron los contenidos que habían surgido del proceso participativo, o no se reunían los requisitos señalados en el Convenio 169 de la OIT respecto a las consultas.²⁸

Es preciso destacar que los puntos más complejos, y que generaron importantes desacuerdos, tratados en el debate, durante los cinco días del Encuentro Nacional, se centraron en los siguientes temas: la necesidad de que el Estado de Chile tenga carácter plurinacional, los territorios indígenas y el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas (punto que finalmente fue acordado para ser incluido en el proyecto)²⁹.

El 8 de marzo de 2018, a días del cambio de mando, el gobierno de Bachelet presentó el proyecto de nueva Constitución en su Mensaje 407-365.³⁰ Este proyecto contiene un reconocimiento constitucional que asegura a los pueblos indígenas participar como tales en el Congreso Nacional mediante una representación parlamentaria, reconoce las distintas formas de educación de los pueblos indígenas, los derechos culturales y lingüísticos y el derecho a su patrimonio cultural, material

26 *Ibid.*

27 El Ciudadano: "Consulta #constituyenteindigena: Pueblos no firman acuerdo con el gobierno de Chile". 6 de noviembre de 2017.

28 El Desconcierto: "Proceso constituyente indígena: Una oportunidad perdida para avanzar hacia una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado", columna de opinión de Karina Vargas y José Aylwin. 15 de diciembre de 2017. El Desconcierto: "Consejero Conadi critica la consulta constituyente indígena: 'Un indígena en el Congreso no cambiaría nada'". 8 de agosto de 2017.

29 Sistematización del Proceso de Consulta Constituyente Indígena. Universidad de Chile, diciembre 2017.

30 Boletín N°11.617-07 Proyecto de reforma constitucional, iniciado con el mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República.

e inmaterial.³¹ El proyecto sin duda representa un avance en relación con el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, pero también deja algunas dudas respecto de los acuerdos que se tomaron en la consulta nacional en noviembre. Por ejemplo, el proyecto no dice nada sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ni sobre la plurinacionalidad, desconoce el acuerdo sobre autodeterminación, no se refiere a los derechos a territorios ni recursos naturales, entre otros asuntos que sí se encuentran incorporados en los instrumentos internacionales sobre la materia que Chile ha suscrito, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, importante herramienta interpretativa en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas. Por otra parte, caben dudas importantes respecto a la utilidad de realizar un proceso de esta envergadura con todos los costos asociados, tanto económicos para el Estado como para los pueblos indígenas que confiaron en el proceso, que finalice presentando un proyecto de nueva Constitución que fue prontamente desechado por las nuevas autoridades del país.³² Como ya lo indicamos, el presidente Piñera señaló que presentarán un proyecto de reforma constitucional sobre reconocimiento constitucional, pero aún no hay noticias al respecto.

Cabe destacar un proyecto de reforma constitucional presentado por el senador Huenchumilla, en el Boletín 11873/07, que reconoce

31 Artículo 4.- La soberanía reside en la Nación y en sus diversos pueblos indígenas. Su ejercicio se realiza por los ciudadanos a través de las elecciones y los plebiscitos que esta Constitución y las leyes establecen, así como por los órganos y autoridades públicas en el desempeño de sus cargos. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

Artículo 5.- El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura. Los pueblos indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, cuyo número y forma de elección serán determinados por una Ley Orgánica Constitucional.

Artículo 22.- Todo habitante de la República debe respeto a Chile, a sus emblemas nacionales y a los emblemas de sus pueblos indígenas.

Son emblemas de la Nación chilena la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional.

Los chilenos tienen el deber fundamental de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena y de sus pueblos indígenas.

Artículo 19, numeral 14 inciso 7.- El Estado reconoce las distintas formas de educación de los pueblos indígenas en el marco del sistema general de educación dispuesto en este artículo.

Artículo 19, numeral 32°.- Los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas y el derecho a su patrimonio cultural, material e inmaterial de conformidad a la ley. Es deber del Estado fomentar tales derechos. La preservación y difusión de los idiomas de los pueblos indígenas será establecida en la ley (...)

32 Cooperativa: "Ministro Chadwick: No queremos que avance el proyecto de Nueva Constitución". 10 de marzo de 2018.

la plurinacionalidad y los derechos de los pueblos indígenas, adecuándose a los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas. Del mismo modo, la diputada Emilia Nuyado Ancapichún, en el Boletín N° 11939-07, también presentó un proyecto de reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos colectivos. Está por verse si existirá tramitación legislativa para estos proyectos.

1.5. Caso del pueblo rapanui

Vale la pena referirse brevemente a tres hechos significativos relativos al pueblo rapanui y su relación con el Estado de Chile que, a nuestro juicio, representan avances inéditos en sus derechos a la autodeterminación y la autonomía. El primero está vinculado al anuncio, en noviembre de 2017, de la entrega total de la gestión del Parque Nacional Rapa Nui³³ –cerca de un 40% del total de la superficie de la isla– a la comunidad indígena *Ma'u Henua*, que hasta ese día coadministraba ese territorio en forma conjunta con la CONAF.³⁴ Esta solicitud de traspaso al pueblo rapanui había sido refrendada en una consulta indígena en octubre de 2015, donde fue aprobada por la mayoría. Vale la pena destacar que *Ma'u Henua* es una comunidad indígena constituida conforme a la Ley Indígena, e integrada por los miembros del pueblo que deseen incorporarse. Su autoridad fiscalizadora es el *Honui*, como “entidad representativa, tradicional y propia del pueblo Rapanui, constituida por los y las jefes, presidentes, cabezas y representantes de familias o clanes del pueblo Rapa Nui”.³⁵ En el acto administrativo se dejó constancia de que el contrato respectivo incluye una reserva que indica que el pueblo rapanui no renuncia a la propiedad y que ello se buscará a futuro a través de un proyecto de ley. El traspaso fue realizado mediante una concesión a *Ma'u Henua* por 50 años, situación que motivó a algunas autoridades y miembros del pueblo rapanui a manifestar que debió entregarse la propiedad (y no una concesión) de las tierras colectivas de la isla al pueblo rapanui y de manera perpetua.³⁶ Por este motivo realizaron una comunicación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que se incorpore el reclamo a la denuncia realizada por el Consejo de Ancianos y el Parlamento Rapanui, en abril de 2015,

33 Conadi: “Presidenta Michelle Bachelet encabezó ceremonia de traspaso del Parque Nacional”. 24 de noviembre de 2017.

34 Cooperativa: “Líderes rapanui exigen en la ONU el traspaso de un parque que cubre la mitad de la isla”. 18 de noviembre de 2017.

35 <http://rapanui.gob.cl/voces/familias-y-clanes-de-rapa-nui.html>

36 Bío-Bío: “Rapa Nui, autoridades recurrirán a instancias internacionales por petición de tierras”. 25 de noviembre 2017.

a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³⁷ Esa denuncia busca que la isla sea reconocida como territorio ancestral y que el Estado chileno reconozca que el propietario de la isla es el pueblo rapanui y deje de ser parte del fisco chileno.

El segundo tema que es importante mencionar, dice relación con la Ley 21.070, que “regula el ejercicio de los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde el territorio especial de Isla de Pascua” que entrará finalmente en vigencia, después de una larga tramitación, el 30 de agosto de 2018. La ley, entre otras disposiciones, establece un plazo máximo de estadía de 30 días a visitantes extranjeros y chilenos. La demanda por controlar el ingreso de personas ajenas al pueblo rapanui, tiene una larga historia dentro de la isla, y numerosos han sido los estudios que han demostrado que Isla de Pascua se encuentra cercana al límite de su capacidad “de carga”, como estos estudios denominan el problema de la sobrepoblación. Las cifras indican que la población de Isla de Pascua aumentó en 15 años un 105%. En 2002 tenía 3791 habitantes y según el censo 2017 ahora tiene 7750.³⁸ Es importante destacar que, si bien la ley ha sido celebrada en Rapa Nui, algunas personas han manifestado que deja muchos espacios abiertos,³⁹ especialmente respecto a los contratos de trabajo, y que habrá que ver cómo se resuelve su implementación.

Por último, cabe destacar el *caso del Clan Hitorangui*, que reclama la devolución de los terrenos, donde hoy se emplaza el Hotel Hanga Roa Spa, único territorio privado que no se encuentra en manos de personas del pueblo indígena. El terreno habría sido arrebatado al clan mediante una serie de irregularidades, entre las que destacan el traspaso de la propiedad desde CORFO a un particular en la década del 70. Según reporta la familia, existirían importantes conversaciones con el gobierno para recuperar la propiedad de dicho territorio, en conformidad a la obligación del Estado de respetar sus obligaciones de respetar y reconocer la propiedad de las tierras tradicionales de los pueblos indígenas, consagrada en el artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

Estos tres hechos mencionados representan un paso importante del pueblo rapanui para lograr acceder a su libre determinación, tomando acciones para controlar sus territorios y recursos naturales, sus prioridades de desarrollo, mediante formas que emanen de su propia tradición y cultura.

37 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sesión: 161 Periodo de Sesiones. *Situación de derechos humanos del Pueblo Rapa Nui en Chile* (DE OFICIO). 18 de Marzo de 2017.

38 Censo 2017.

39 Emol: “Alcalde de Isla de Pascua sobre Ley de Residencia: ‘Va a matar al pueblo Rapanui’”. 09 de febrero de 2018.

1.6. Reconocimiento del pueblo chango

El proyecto de ley que reconoce al pueblo chango⁴⁰ como el décimo pueblo indígena del país, se encuentra en segundo trámite constitucional, luego de ser aprobado en la Cámara de Diputados (Boletín N° 11.188-17 refundido con Boletín 11.335-17).⁴¹ En el proyecto de ley se señala que “hoy los changos están integrados a las grandes ciudades, unos viven en los puertos y muchos permanecen fieles a su balneario, como es Tongoy, Guanaqueros, y en la llamada Playa Changa de Coquimbo, en Chañaral, Obispito y Carrizalillo. En el pasado creyeron conveniente adoptar los apellidos de los encomenderos y hoy abundan los Miranda, Zuleta, Cisternas y Álvarez, en Tongoy, media población se apellidaba Zambra y otros apellidos más”.⁴² En situación similar se encontraba el pueblo diaguíta, que fue reconocido como pueblo indígena por la Ley 20.117 en 2006. De prosperar este reconocimiento, se estaría respetando el criterio fundamental que establece el Convenio 169 de la OIT para la identidad indígena, esto es, la autoidentificación.

2. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

2.1. Estado actual de las consultas en Chile

Como hemos señalado en otras ediciones del *Informe*,⁴³ actualmente en Chile coexisten dos sistemas de consulta indígena. El Decreto Supremo N° 66, del 15 de noviembre de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social que aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de Consulta Indígena y el Decreto N° 40, del Ministerio de Medio Ambiente, del 30 de octubre de 2012, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Ambos sistemas han sido objeto de importantes cuestionamientos y críticas que no describiremos en este espacio, pero al mismo tiempo, han permitido que actualmente exista en Chile un marco regulatorio de estos procesos de consulta. Los tribunales también han aportado importante jurisprudencia respecto al alcance de los derechos de consulta indígena consagrados en el Convenio 169 de la OIT.

40 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado; Matías Meza-Lopehandía, *Reconocimiento del pueblo chango. Alcances legales del proyecto de ley*. Elaborado en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que modifica la Ley N°19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, para reconocer al pueblo chango como etnia indígena de Chile. 19 de junio de 2018.

41 El Ciudadano: “Las razones del pueblo chango para exigir reconocimiento legal al estado chileno”. 22 de junio de 2018.

42 Boletín 11188-17. Página 10. Abril de 2017. Diputada Daniela Cicardini.

43 Especialmente consultar, Judith Schönsteiner y Alonso Barros, “Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”, *Informe 2014*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2014.

En términos generales, desde 2009 hasta octubre de 2017, se realizaron 121 consultas en el país: de ellas 42 se encuentran pendientes y 79 ya finalizaron. Del total que se encuentran ejecutadas, el Ministerio de Obras Públicas es el que tiene mayor porcentaje con un 35,4% de consultas realizadas,⁴⁴ seguido por el Ministerio del Medio Ambiente con un 30,8% llevadas a cabo por el sistema de evaluación de impacto ambiental.⁴⁵

Según información recopilada, desde 2009 hasta octubre de 2017, de los 45 proyectos sometidos a procesos de consulta indígena que se han realizado, el 46% han sido aprobados⁴⁶ (21 aprobados, 18 en calificación, cuatro desistidos y dos rechazados). De un total de 9806 proyectos que han ingresado al Servicio de Evaluación Ambiental – SEA– desde 2009 hasta febrero de este año, solo 45 han sido sometidos a consulta, es decir, el 0,4% de todos los proyectos presentados. Actualmente, según información del SEA,⁴⁷ este servicio se encuentra con 11 procesos de consulta indígena pendientes y, de acuerdo a lo señalado por el MOP, el Ministerio de Obras Públicas tiene 59 iniciativas de consulta indígena en trámite.

2.2. Catastro de consultas indígenas

En el *Informe 2017* señalamos la necesidad urgente de contar con un catastro de todos los procesos de consulta llevados adelante por el gobierno desde 2009. Contar con esta información es fundamental para la revisión de las prácticas que se han instalado en la política pública, los resultados de estas consultas y la impresión de los participantes, tanto funcionarios públicos como pueblos indígenas.

En 2017, el Ministerio de Desarrollo Social encargó a la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile un estudio denominado “Sistematización y análisis de experiencias del ejercicio del derecho de consulta previa desde la institucionalidad en Chile”. Estamos a la espera de la publicación de los resultados de este estudio, que sin duda serán fundamentales para evaluar la implementación del Convenio 169 en cuanto a la consulta indígena, a 10 años de la entrada en vigencia de ese instrumento internacional.

Vale la pena referirse al proyecto de ley, Boletín 11952-1, que moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) presentado el 31 de julio del año 2018, y contempla modificaciones que a nuestro juicio, pueden resultar perjudiciales para las obligaciones de consulta

44 <https://www.mop.cl/asuntosindigenas/Paginas/default.aspx>

45 Proyectos con Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas. http://seia.sea.gob.cl/pci/proyectos_en_pci.php

46 Electricidad: “46% de los proyectos sometidos a consulta indígena desde 2009 han sido aprobados”. 9 de febrero de 2018.

47 Proyectos con Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas. http://seia.sea.gob.cl/pci/proyectos_en_pci.php

a los pueblos indígenas en proyectos sometidos al estudio de impacto ambiental, en especial, en relación a lo que se ha denominado como participación temprana. La Corte Suprema, en oficio N° 108-2018 en el que informa sobre el proyecto en cuestión⁴⁸, solicitó que se esclarezca si este proceso de participación temprana, que se realizará antes de que un proyecto ingrese al SEIA, incluye o no a la consulta indígena. Y señala que “La participación temprana de las comunidades indígenas en los procesos de evaluación de impacto ambiental de los proyectos de inversión, a través de la consulta previa, permitiría a dichas comunidades no sólo interiorizarse acerca de los proyectos de inversión en general, sino que, además, conocer y comprender los impactos culturales y sociales que dichas iniciativas de inversión pueden generar en sus comunidades y áreas de interés, algunas de las cuales se encuentran protegidas por nuestro ordenamiento jurídico”. Nos parece fundamental que las modificaciones que se le realicen al SEIA no signifiquen un detrimento de los derechos que ya gozan los pueblos indígenas en la legislación nacional e internacional ratificada por Chile, y que sean consultadas conforme a los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

Por último, cabe mencionar y valorar la consulta actualmente vigente, en Educación sobre la propuesta de Bases Curriculares de la asignatura de Lengua y Cultura de Pueblos Originarios de 1° a 6° básico, realizada por el Ministerio de Educación⁴⁹. Actualmente, las organizaciones, asociaciones, comunidades y personas naturales pertenecientes a pueblos indígenas reconocidos por la Ley N° 19.253 están siendo consultadas mediante encuentros regionales, sobre la implementación de dicha asignatura en los colegios y establecimientos educacionales a partir del año 2020.

2.3. Caso Consejo de Pueblos Atacameños y SQM

En febrero de 2018, el Consejo de Pueblos Atacameños presentó un recurso de protección⁵⁰ con el fin de impugnar el acuerdo firmado entre Corfo y SQM para la explotación del litio en el Salar de Atacama, el que ellos consideran territorio ancestral. El recurso de las comunidades tiene por objetivo solicitar que se respete el derecho a consulta indígena y que se tomen medidas concretas de sustentabilidad en la zona.⁵¹

Según un *amicus curiae* presentado por dos profesores de la Escuela de Derecho de la UDP, Judith Schönsteiner y Cristóbal Carmona, “los

48 Diario Financiero : “Suprema: consulta previa en el SEIA da competencia restringida a Tribunales Ambientales”. 10 de septiembre de 2018.

49 <https://consultaindigena.mineduc.cl/>

50 Rol de ingreso N° 10.301-2018 (acumulada con causa Rol N°10.752-2018).

51 Cooperativa: “Litio, comunidades indígenas esperan revertir acuerdo entre Corfo y SQM”. 19 de abril de 2018.

actos que derivaron en la firma de los contratos eran actos consultables de acuerdo a la regla del art. 15 N° 2,⁵² toda vez que otorgaron la autorización para continuar la explotación de recursos naturales de propiedad estatal en territorio del pueblo atacameño”. Es por esto que se concluye que “el Estado incumplió su deber de efectuar una consulta indígena de manera previa a la suscripción de los contratos”.⁵³

La causa se encuentra en acuerdo, y se espera prontamente su resolución.

3. DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, A LA JUSTICIA Y GARANTÍAS PROCESALES DE LOS MIEMBROS DE PUEBLOS INDÍGENAS.

3.1. Ley Antiterrorista

En el periodo que cubre este *Informe* acaecieron varios hechos relevantes, en relación a la utilización por parte del gobierno de la Ley Antiterrorista, vinculados a la protesta mapuche en el sur del país. De esta manera, se ha continuado invocando la mencionada ley a pesar de la condena de la Corte IDH en el llamado *caso de los lonkos*,⁵⁴ las repetidas comunicaciones de organismos internacionales señalando lo discriminatorio de su uso contra el pueblo mapuche y su contravención a los tratados de derechos humanos ratificados por Chile, especialmente a nuestro juicio el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 8.2 de la Convención America de Derechos Humanos.

A modo de resumen, en este periodo se condenó a cinco miembros del pueblo mapuche por el *caso Luchinger Mackay* y el *caso iglesias* haciendo uso de la Ley Antiterrorista. Ellos son, José Tralcal Coche y Luis Tralcal Quidel (prisión perpetua), José Peralino Huinca (cinco años) y Benito Trangol Galindo y Pablo Trangol Galindo (diez años). Adicionalmente se presentaron indicaciones para reformar la Ley Antiterrorista por parte del gobierno del presidente Piñera, se realizaron varias y extensas huelgas de hambre por parte de imputados mapuches en casos de Ley Antiterrorista y otros. Asimismo, se anunció la creación del denominado “comando jungla” y –según se puede deducir de una lectura de la prensa nacional– pareciera que se han incrementado los atentados incendiarios en la región de La Araucanía.

Es importante recordar que el Estado de Chile ya fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por haber violado los

52 Del Convenio 169 de la OIT.

53 Judith Schönsteiner y Cristóbal Carmona. “Amicus Curiae del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, en el caso Asociación Indígena Consejo De Pueblos Atacameños/SQM Potasio S.A.”. 2 de mayo de 2018, Santiago, Chile.

54 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros* (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. *Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

derechos fundamentales, garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos, a ocho miembros del pueblo mapuche al utilizar la Ley Antiterrorista en su contra. En la sentencia la Corte determinó que al aplicarla a integrantes del pueblo mapuche el Estado de Chile violó, entre otros derechos, la legalidad y presunción de inocencia, las garantías judiciales y la libertad personal.⁵⁵

Junto con ello, en octubre del año pasado, en medio de los días más complejos de la huelga de hambre de mapuche, tres representantes de las Naciones Unidas (Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas; José Antonio Guevara Bermúdez, Presidente Relator del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria y Fionnuala Ní Aoláin, Relatora Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo) se manifestaron en contra de la actuación del Estado frente al pueblo mapuche señalando: “Instamos a Chile a que se abstenga de usar la Ley Antiterrorista para lidiar con hechos ocurridos en el contexto de protestas sociales de los mapuches, que buscan reclamar por sus derechos”. Junto con ello puntualizaron que “los miembros de la comunidad indígena han sido privados de su libertad por 16 meses. La Ley Antiterrorista no ofrece las garantías necesarias para un juicio justo, mientras que su uso pone en riesgo la estigmatización de las comunidades indígenas. Además, pone en duda el derecho a la presunción de inocencia de los acusados”.⁵⁶

Amnistía Internacional Chile también ha manifestado su profunda preocupación por el continuo uso de la Ley Antiterrorista en el país contra miembros del pueblo mapuche, en un informe en el que observa dos juicios en que se utilizó esta ley.⁵⁷ Concluye el informe que con la aplicación de la mencionada ley se observan “efectos específicos como la (1) utilización de testigos con identidad reservada; (2) secreto prolongado de la investigación y (3) utilización inapropiada de la prisión preventiva”.⁵⁸ Adicionalmente, se señala que “otros aspectos de preocupación en cuanto al derecho a un juicio justo que no tienen que ver directamente con la aplicación de la Ley ‘Antiterrorista’ pero sí con un contexto de estigmatización contra el Pueblo Mapuche son el (4) hostigamiento a testigos y defensores y (5) la utilización de pruebas que han sido denunciadas como ilegales y cuyas denuncias no fueron investigadas”.⁵⁹

55 Ibid.

56 Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, *Expertos de la ONU urgen a Chile no usar Ley Antiterrorista contra indígenas mapuche*. Ginebra, 6 de octubre de 2017.

57 Amnistía Chile: *Pre-Juicios injustos: criminalización del pueblo mapuche a través de la Ley ‘Antiterrorista’ en Chile*. Agosto de 2018.

58 Ibid. pág. 4.

59 Ibid.

Con el cambio de gobierno, en marzo de 2018, las autoridades anunciaron una guerra al “terrorismo” en el marco del “Plan Araucanía”, enviando a un grupo de 40 funcionarios del GOPE de Carabineros a formarse en las técnicas de persecución terrestre en Colombia y Estados Unidos, con la finalidad de que este contingente, denominado “comando jungla”⁶⁰ cumpla funciones en La Araucanía. De acuerdo a lo señalado por el general director de Carabineros, Hermes Soto, en el Consejo de Seguridad de la Macrozona Sur, “el objetivo del desplazamiento de este equipo es la disuasión, reacción e intervención, tendientes a evitar hechos de violencia rural de carácter terrorista en la zona”.⁶¹ (Véase también sección 3.2 respecto a la Operación Huracán)

3.1.1. Caso Luchsinger Mackay

El 11 de agosto de 2017 se inició el juicio contra los 11 comuneros, a quienes se les acusa por parte de la Fiscalía y los querellantes de haber sido parte del delito de incendio con resultado de muerte, solicitando cadena perpetua por ser un delito terrorista, como se ha relatado en *Informes* anteriores. El 25 de octubre de 2017 se dicta la sentencia absolutoria de los 11 imputados del *caso Luchsinger Mackay*, luego de que el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco estimara que las declaraciones de José Peralino presentaban vicios de ilegalidad y contradicciones, por lo que las pruebas dadas por Fiscalía no eran lo suficientemente claras para demostrar la participación de los acusados.⁶² Sin embargo, el 29 de diciembre, la Corte de Apelaciones de Temuco anula la sentencia absolutoria antes señalada, por presentar contradicciones con la primera sentencia dada por el Tribunal, y obliga a realizar un nuevo juicio, en marzo del año entrante, con las mismas pruebas del primer juicio.⁶³

El 5 de mayo de 2018, se dicta el segundo veredicto⁶⁴ el cual condena a tres de los once imputados del caso Luchsinger Mackay (José Manuel Peralino, José Tralcal y Luis Tralcal)⁶⁵ como autores del delito ocurrido el 4 de enero de 2013, que adquirió el carácter de terrorista según lo establecido por los magistrados. Gran importancia revistieron

60 El Mostrador: “Comando Jungla: el historial de la policía colombiana que formó a Carabineros para operar en La Araucanía”. 10 de julio de 2018.

61 El Ciudadano: “Nuevo armamento y 80 carabineros: el Comando Jungla en La Araucanía y el Biobío”. 29 de junio de 2018.

62 T13: “Tribunal absuelve a los 11 imputados por muerte de matrimonio Luchsinger-Mackay”. 25 de octubre de 2017.

63 *La Tercera*: “Caso Luchsinger: corte anula absolución de 11 acusados y habrá nuevo juicio oral”. 29 de diciembre de 2018.

64 Emol: “Veredicto en caso Luchsinger-Mackay: Tres imputados recibirán condena por delito terrorista”. 5 de mayo de 2018.

65 El Desconcierto: “Caso Luchsinger Mackay: Tribunal de Temuco condena por delito terrorista a tres de los imputados”. 5 de mayo de 2018.

las declaraciones de Peralino,⁶⁶ que en el primer juicio habían sido declaradas inválidas. Los jueces, en esta oportunidad, estimaron que no existían pruebas suficientes para determinar que dichas declaraciones hubiesen sido realizadas bajo presión, declarándolas válidas. Quedaron absueltos los demás imputados –entre ellos la Machi Francisca Lincónao– dado que los magistrados no encontraron pruebas suficientes para determinar la participación de estas personas en el caso.

El Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, el 11 de junio de 2018, estableció la condena de presidio perpetuo simple a José Tralcal y Luis Tralcal por su participación en el caso como autores del delito de incendio con resultado de muerte con carácter de terrorista. Mientras que José Peralino, quién actuó como delator compensado, fue condenado a 5 años de presidio menor con beneficio de libertad vigilada. Abogados defensores alegan presión de parte del gobierno para que se dictara la sentencia y recurran de nulidad.⁶⁷ Existen importantes dudas respecto a los peritajes realizados en el juicio, la interceptación de las llamadas realizadas por los imputados y la valoración de la prueba⁶⁸ por parte del tribunal, que nos permiten sostener que nos encontramos frente a una violaciones a los derechos a las garantías judiciales consagrados en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁹.

Hasta el cierre de esta edición del *Informe*, Luis Tralcal Quidel se encuentra prófugo de la justicia, pues no compareció a la lectura del veredicto y, desde el 22 de marzo, se encuentra con orden de captura.⁷⁰ A su vez, José Tralcal Coche se encuentra con arresto domiciliario a la espera de que se agoten los últimos recursos de apelación. Con fecha 6 de agosto, la Corte Suprema admitió a tramitación el recurso de nulidad⁷¹ presentado por la defensa, fijando los alegatos para el 21 de agosto.⁷² Los hermanos Tralcal solicitan que se realice un nuevo juicio en su caso.

3.1.2. Machi Celestino Córdova

Como se ha detallado en *Informes* anteriores, el machi Celestino Córdova fue el único condenado en 2014, en el primero de los juicios del

66 Radio Agricultura: "Los 3 jueces dieron plena validez a declaración de Peralino para emitir condena". 6 de mayo de 2018.

67 Radio U. Chile: "Caso Luchsinger-Mackay: Presidio perpetuo a hermanos Tralcal". 11 de junio de 2018.

68 El Desconcierto: "Las dudas de la sentencia del caso Luchsinger Mackay". 15 de junio de 2018.

69 Amnistía Chile: *Pre-Juicios injustos: criminalización del pueblo mapuche a través de la Ley 'Antiterrorista' en Chile*. Agosto de 2018.

70 *El Mercurio*: "Caso Luchsinger: Familia teme que condenado que está prófugo huya del país". 15 de Junio de 2018.

71 24horas: "Caso Luchsinger-Mackay: Corte Suprema admite recurso de nulidad de condenados y abre la puerta a un tercer juicio". 7 de agosto de 2018.

72 Cooperativa: "Caso Luchsinger Mackay: Corte Suprema fijó fecha para los alegatos de nulidad". 11 de agosto de 2018.

caso Luchsinger Mackay. En este juicio fue condenado a la pena de presidio mayor en su grado máximo como autor del delito de incendio con resultado de muerte. Desde el 13 de enero de 2018, el Córdova se encontraba en huelga de hambre por la denegación del permiso por parte de gendarmería para asistir por 48 horas a la ceremonia de renovación del ritual mapuche del *rewe*, en su calidad de machi. Sin embargo, el día 24 de abril la depone temporalmente, aunque no se le hayan concedido las medidas que buscaba, para intentar llegar a un acuerdo con el nuevo gobierno.⁷³ Sin embargo, el 31 de mayo, el machi reinicia la huelga de hambre líquida al no obtener respuesta a su requerimiento.⁷⁴ Junto con ello, se reportaron importantes protestas en distintas ciudades del país, donde se reclama el otorgamiento del permiso solicitado por el machi, y se sumaron a la huelga de hambre Manuel Baltierra y Cristóbal Reumay en apoyo a Córdova.⁷⁵ El viernes 27 de julio, Gendarmería finalmente otorgó el permiso para que la autoridad religiosa mapuche visitara su *rewe* y realizara la ceremonia,⁷⁶ luego de que el machi mantuviera 50 días de huelga de hambre, perdiendo cerca de 18 kilos.⁷⁷

Esta decisión del Ejecutivo se gestó tras una reunión entre el ministro de Desarrollo Social, Alfredo Moreno, representantes del pueblo mapuche y el hijo mayor del matrimonio Luchsinger-Mackay, quién señaló que no se oponía a la petición del machi.⁷⁸ Esta medida nos parece, un gesto humanitario muy importante para la concreción del necesario diálogo en buena fe.

3.1.3. Caso iglesias

Un caso muy importante, aunque con menos difusión mediática que el *caso Luchsinger Mackay*, fue el denominado *caso Iglesias*, por el cual fueron procesados Alfredo Tracal, y los hermanos Ariel, Benito y Pablo Trangel, detenidos en junio de 2016, acusados por el Ministerio Público y el gobierno de haber cometido un delito de incendio, con carácter terrorista, de una iglesia evangélica, en la localidad de Padre Las Casas en ese mismo mes. Los acusados estuvieron en prisión preventiva por más de 20 meses.

73 *La Tercera*: "Machi Celestino Córdova depone temporalmente la huelga de hambre". 24 de abril de 2018.

74 *La Tercera*: "Machi Celestino Córdova reinicia huelga de hambre". 31 de mayo de 2018.

75 El Desconcierto: "Jóvenes inician huelga de hambre en apoyo del machi Celestino Córdova". 2 de julio de 2018.

76 *La Tercera*: "Más de 260 carabineros y gendarmes custodiaron a machi Celestino en rewe". 28 de julio de 2018.

77 El Ciudadano: "Celestino Córdova tras dos semanas de nueva huelga de hambre: 'Ha bajado alrededor de un kilo por día'". 6 de junio de 2018.

78 Emol: "¿'Germen de paz?': El nuevo escenario que se abre en La Araucanía tras el permiso a Celestino Córdova". 30 de julio de 2018.

En protesta ante su situación, en especial por la aplicación de la Ley Antiterrorista, los comuneros mapuches realizaron una huelga de hambre por más de 115 días, esperando dar mayor visibilidad a su caso, y solicitando que se realizara un juicio justo, sin la utilización de la citada ley que permite la utilización de testigos con identidad protegida y en un plazo razonable. En septiembre de 2017, tres de los cuatro detenidos depusieron su huelga de hambre con el compromiso del gobierno de recalificar la querrela por Ley Antiterrorista. Ariel Trangol continuó con la huelga.⁷⁹ Sin embargo, el 3 de noviembre del 2017, los hermanos Trangol repusieron la huelga de hambre al ver que el gobierno no hizo las gestiones para que se revocara la prisión preventiva en la que se encontraban.⁸⁰ El 22 de noviembre el comunero Ariel Trangol, que aún continuaba en huelga de hambre, intentó suicidarse, debiendo ser internado en el hospital Hernán Henríquez Aravena. Ya en 2018, el 3 de enero, se revoca la prisión preventiva de Ariel Trangol, el cual pasa a cumplir arresto domiciliario, sin embargo, cinco días después la Corte de Apelaciones de Temuco revoca dicha sentencia y dispone otra vez la prisión preventiva del imputado, el cual durante esos días no había cesado la huelga en su hogar.⁸¹

El 14 de abril se dictó la sentencia de la causa, donde tanto Ariel Trangol y como el lonko Alfredo Tracal quedaron absueltos, mientras que a Benito y Pablo Trangol los declararon culpables del delito de incendio de la iglesia evangélica, sin embargo, se desestimó el carácter terrorista del delito.⁸² Con esto se dio término a la huelga de hambre que entablaba Ariel, el cual en las audiencias debió ser llevado en silla de ruedas, tras perder 40 kilos. Finalmente, los hermanos Trangol condenados, Pablo y Benito, recibieron la pena de 10 años de presidio efectivo por el delito consumado de incendio, haciendo hincapié la sentencia en que el delito no tuvo el carácter de terrorista que el Ministerio Público estimaba.

Cabe destacar que en este juicio se volvieron a utilizar los testigos protegidos, “impidiéndole a las defensas, tanto a los imputados como a sus abogados defensores, conocer la identidad de quienes declaran”⁸³, lo que ha nuestro juicio vuelve a constituir una violación importante a los derechos a las garantías judiciales y a la presunción de inocencia.

79 *La Tercera*: “Tres comuneros bajaron la huelga”. 30 de noviembre de 2017.

80 *La Tercera*: “Comuneros acusados de quema de iglesia evangélica reanudan huelga de hambre”. 3 de noviembre de 2017.

81 24 horas: “Caso Iglesias. Modifican cautelar de comunero imputado y sale de prisión preventiva”. 1 de noviembre de 2017.

82 *Cooperativa*: “Caso iglesias, tribunal declaró culpable a solo dos imputados”. 14 de abril de 2018.

83 Amnistía Internacional: “El uso de testigos protegidos es contrario al derecho a la defensa de los imputados”. Comunicado público. 13 abril de 2018.

Se presentó un recurso de nulidad de la sentencia⁸⁴ que fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Temuco, confirmando la condena a los hermanos Trangol, quienes continúan en huelga de hambre, al cierre de la edición de este *Informe*.⁸⁵

3.1.4. Proyecto de Ley Indicaciones Ley Antiterrorista

En abril de 2018, el presidente Piñera presentó indicaciones a la Ley Antiterrorista, Ley 18.314, para incorporar, entre otras cosas, los agentes encubiertos y reveladores, la interceptación de comunicaciones, además de los testigos protegidos, la cooperación eficaz y la entrega vigilada. Establece una restricción a los beneficios a los condenados por Ley Antiterrorista, de forma tal que no se les apliquen penas sustitutivas y cualquier beneficio que otorgue libertad condicional se haga efectivo cuando hayan cumplido 2/3 de sus penas. Se crea una norma especial de competencia para que la investigación y juzgamiento de los delitos terroristas más graves se pueda radicar en los juzgados de garantías y los juzgados orales de la Corte de Apelaciones de Santiago.⁸⁶

A nuestro juicio, las indicaciones presentadas serían contradictorias con lo señalado por diversos órganos y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, vulnerando las garantías del derecho a la defensa, del debido proceso, la no discriminación, y estableciendo facultades más discrecionales a los encargados de la investigación⁸⁷. Las indicaciones, detalladas en el párrafo anterior, fueron anunciadas en el marco de una visita presidencial a La Araucanía, lo que demuestra que todas las reformas que se quieren hacer están enfocadas en la criminalización de la protesta mapuche⁸⁸ y tienen un foco muy específico. Parece contradictorio que el gobierno anuncie que tomará el camino del diálogo y, al mismo tiempo, insista en avanzar por la senda de la criminalización y la discriminación. Siguiendo esta línea argumental, el senador y ex intendente de La Araucanía Francisco Huenchumilla señaló: “El conflicto de La Araucanía es un problema político. Este terrorífico proyecto del gobierno sobre la Ley Antiterrorista aparece direccionado al Pueblo Mapuche y lo criminaliza. Mal comienzo y un error político para su anunciada política de acuerdos”.⁸⁹

84 Cooperativa: “Caso Iglesias, abogados de hermanos Trangol presentaron recurso de Nulidad”. 05 de julio de 2018.

85 El Desconcierto: “Corte de Temuco rechaza recurso de nulidad en Caso Iglesias y hermanos Trangol continúan en huelga de hambre”. 7 de agosto de 2018.

86 Radio UChile: “Reforma a Ley Antiterrorista incluye escuchas telefónicas”. 23 de marzo de 2018.

87 El Desconcierto: “Repetir lo que no funciona: 6 riesgos en los que incurre la esperada reforma antiterrorista de Sebastián Piñera”. 28 de mayo de 2018.

88 Radio UChile: “Tensión en organizaciones mapuche ante reforma ley antiterrorista”. 25 de marzo de 2018.

89 *La Tercera*: “Huenchumilla califica de “terrorífico” el proyecto de Ley Antiterrorista de Piñera”. 23 de marzo de 2018.

3.2. Operación Huracán

La “Operación Huracán” es el nombre del procedimiento policial realizado por los miembros de la Unidad de Inteligencia Operativa Especial (UIOE) de Carabineros de Chile durante septiembre de 2017, que se tradujo en la detención de ocho comuneros mapuches por ser los supuestos autores de ataques incendiarios en La Araucanía.⁹⁰ Tiempo después se comprobaría que era parte de un montaje realizado por Carabineros, y por tanto, una privación de libertad contraria a los artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta unidad de Carabineros fue creada con el fin de investigar y resolver los diversos conflictos existentes con el pueblo mapuche en La Araucanía. Dicha unidad determinó mediante supuestas intervenciones de conversaciones telefónicas realizadas a través de las aplicaciones *Whatsapp* y *Telegram* la participación de un grupo de comuneros mapuche (Héctor Llaitul Carrillanca, Héctor Llaitul Pezoa, Rodrigo Huenchullán Cayul, Jaime Huenchullán Cayul, David Aedo Cid, Martín Curiche, Claudio Leiva y Fidel Tranamil) en un ataque incendiario. Supuestamente en los celulares de estas personas se leían mensajes que mostraban la decisión y el acuerdo para realizar una quema de camiones que afectó, en agosto de 2017, a empresas de transportes y maquinarias forestales del sector.

Posterior a la entrega del informe y la detención –con prisión preventiva– de los comuneros, la Fiscalía Regional de la Araucanía comenzó las diligencias en base a las investigaciones de la UIOE de Carabineros, notando inconsistencias dentro de sus informes al momento de realizar los peritajes correspondientes a los teléfonos celulares de los sujetos acusados. En la investigación se pudo dilucidar que no todos los dispositivos móviles contaban con las aplicaciones mencionadas anteriormente, además de detectar que los archivos encontrados dentro del teléfono de Martín Curiche fueron ingresados en una fecha posterior a su incautación.

Debido a lo anterior, se generó un revuelo a nivel nacional por la manipulación de pruebas realizada por Carabineros de Chile, lo que conllevó a que se cerrara la investigación por esta operación, se iniciara una nueva –considerando la manipulación realizada– y se dejara en libertad a los comuneros acusados por los delitos.⁹¹ De esta manera, los detenidos en la “Operación Huracán” pasan a ser víctimas de un caso en que fueron falsamente imputados. El Ministerio Público en enero de 2018 abrió una investigación contra la propia policía uniformada

90 T13: “Todo sobre la operación Huracán”. <http://www.t13.cl/etiqueta/operacionhuracan>.

91 Ciper Chile: “Operación Huracán”: la trama que dinamitó los puentes entre Carabineros y la Fiscalía de Temuco. 14 de febrero de 2018.

para determinar la existencia de los delitos de falsificación de instrumento público, obstrucción a la investigación y asociación ilícita. El INDH presentó también un amparo por interceptaciones telefónicas de las que habían sido víctimas alcaldes mapuches.⁹² Por esta investigación se formalizó, en junio de 2018, al exdirector de Inteligencia de Carabineros Gonzalo Blu, al capitán de la misma unidad Leonardo Osses y al civil Alex Smith.⁹³ Este último habría creado el programa “Antorcha”, que supuestamente podía acceder a las comunicaciones de las personas falsamente imputadas.

El caso ha tenido consecuencias importantes, además, en la integración del alto mando del Carabineros. En marzo de 2018, el presidente Piñera aceptó la renuncia del Director General de Carabineros Bruno Villalobos, quien a su vez le había solicitado la renuncia al general Gonzalo Blu. El general Hermes Soto fue designado como general director por el presidente Piñera, el 14 de marzo. Junto con ello, existe actualmente una Comisión Investigadora en la Cámara de Diputados, que intenta indagar las irregularidades y responsabilidades en este caso. A la fecha, han declarado en la Comisión la machi Francisca Linconao, Héctor Llaitul, Jaime y Rodrigo Huenchullán, Alex Smith, los abogados de las víctimas de la “Operación Huracán”, entre otros. Vale la pena mencionar, además, que dichos abogados han denunciado ser víctimas de hostigamiento y amenazas por su rol en este caso. El INDH presentó una denuncia en Temuco tras estos hechos. En 2016, en el contexto del juicio Luchsinger Mackay, el INDH también presentó una acción de amparo para la protección de los abogados Riquelme y Saavedra.

De este modo, es posible concluir que Chile aún incumple las recomendaciones de los órganos internacionales que han solicitado, en innumerables ocasiones, la no utilización de la Ley Antiterrorista en Chile contra el pueblo mapuche, puesto que significa un atropello a sus derechos a la igualdad ante la ley, al debido proceso, y no ha sido eficaz en poner fin a la violencia en el sur. Junto con ello, las indicaciones para modificar esta ley y la creación del “Comando Jungla”, nos parece que tampoco van en la línea de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas, y no hacen más que profundizar las diferencias de tratamiento entre la población mapuche y el resto de la comunidad nacional. La importancia de modificar esta legislación en el sentido señalado, tampoco fue incluido en el Primer Plan Nacional de Derechos

92 INDH: “INDH presenta amparo por interceptaciones telefónicas a alcaldes mapuche en ‘Operación Huracán’”. 17 de mayo de 2018.

93 Bío-Bío: “Operación Huracán: continúa audiencia de formalización contra Blu, Osses y Smith”. 11 de julio de 2018.

Humanos, a pesar de su indudable importancia⁹⁴. Lo sucedido, por otra parte, con la denominada “Operación Huracán” debe ser considerado como una importante lección a futuro. Nos parece fundamental que el Estado tome todas las acciones necesarias para esclarecer el verdadero alcance de las irregularidades e ilegalidades cometidas por Carabineros en el marco del *caso Huracán* y de otros que puedan surgir, puesto que dicho actuar arroja un importante manto de duda sobre todas sus intervenciones en casos relacionados con los miembros del pueblo mapuche, en los últimos años.

3.3. Violencia policial

En *Informes*⁹⁵ anteriores hemos hecho hincapié en las situaciones de violencia y excesos policiales que han vivido comunidades mapuche, configurando violaciones a los derechos a la integridad física, la libertad personal, las garantías judiciales y la protección a la honra y la privacidad consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos. Pareciera que el periodo que se analiza tampoco ha sido una excepción en la materia, como se demostrará a continuación.

3.3.1. Allanamiento en Temuicui

El 14 de junio de 2017 en la comunidad autónoma Temuicui, ubicada en la región de La Araucanía, se realizó un allanamiento por parte del GOPE de Carabineros que afectó a la escuela G-816 del lugar. Debido a la utilización de gases lacrimógenos, los niños que asistían a dicho establecimiento educacional sufrieron los efectos: desmayos y principios de asfixia, junto con un gran temor debido a la gran presencia de Carabineros en el sector.⁹⁶

El INDH presentó un recurso de amparo producto de esta situación,⁹⁷ que fue rechazado en un fallo unánime por los ministros Julio César Grandón Castro, María Elena Llanos Morales y José Martínez Ríos, quienes concluyeron que el actuar de Carabineros había “sido idóneo, proporcional, controlado y acorde con los protocolos”, a pesar de existir registros que muestran el uso de gases a metros de la sala de prekindergarten y kindergarten de la escuela.⁹⁸

94 Plan Nacional de Derechos Humanos. Subsecretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <http://planderechoshumanos.gob.cl/plan-nacional-de-derechos-humanos>

95 *Informe 2017, Informe 2013.*

96 Cooperativa: “Comunidad mapuche denunció allanamiento que afectó a niños de la escuela”. 14 de junio de 2017.

97 El Mostrador: “INDH presenta recurso por operativo policial con gas lacrimógeno que afectó a niños mapuches”. 28 de junio de 2017.

98 Bío Bío: “Rechazan recurso de amparo en favor de niños de Temuicui por uso de gases lacrimógenos”. 26 de julio de 2017.

3.3.2. Agresión a familia y menores en un procedimiento policial en Tirúa

En marzo del presente año, personal policial fuertemente armado en tres tanquetas ingresó a un predio en el sector rural Cerro Negro de la comuna de Tirúa, en cumplimiento de una orden de investigar un robo de madera, procediendo de forma muy violenta y apuntando con armas a los habitantes del lugar.

La Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, en razón de un recurso de amparo interpuesto por el INDH,⁹⁹ y declaró ilegal el procedimiento, señalando “conforme a la integridad de lo expresado, cabe concluir que el obrar de la fuerza pública fue a todas luces, exagerado, intimidatorio y desproporcionado”.¹⁰⁰

3.3.3. Desalojo ilegal de comuneros mapuche en Lof Mallekoche del sector Bajo Malleco

El 21 de febrero de este año fueron desalojados del predio que reivindicaban como ancestral los comuneros y comuneras mapuches de la comunidad Mallekoche. Ellos habían ingresado el 19 de febrero, levantando viviendas ligeras, las que fueron destruidas en el desalojo policial. El INDH presentó un recurso de amparo a favor de siete comuneros y comuneras mapuche y de una niña de 3 años pertenecientes al Lof Mallekoche del sector Bajo Malleco, comuna de Collipulli, ante la Corte de Apelaciones de Temuco, señalando que la acción de desalojo y detención de los amparados era ilegal y arbitraria por no existir orden judicial y tampoco ser una situación de flagrancia.¹⁰¹ La Corte Suprema conociendo de un recurso de apelación presentado, declaró “que el procedimiento llevado a cabo el 21 de febrero de 2018 por Carabineros de Chile en el fundo ‘El Fiscal’ ubicado en la Ruta R-182 de la comuna de Collipulli fue ejecutado sin orden judicial o norma legal que lo ordenara o autorizara, afectándose de esa forma, ilegalmente, la libertad personal y seguridad individual de los amparados que fueron sujetos de ese procedimiento, debiendo Carabineros en el devenir, ajustarse estrictamente a las normas que autorizan su actuación autónoma en la forma en que se razona en este fallo.”¹⁰²

99 INDH: “Corte Suprema confirma amparo del INDH a favor de familia mapuche agredida por Carabineros”. 20 de abril de 2018.

100 Bío-Bío: “Suprema acoge amparo a favor de familia mapuche agredida por Carabineros en procedimiento”. 18 de abril de 2018.

101 INDH: “Corte Suprema acoge amparo de INDH en favor de comuneros/as mapuche desalojados ilegalmente”. 5 de abril de 2018.

102 El Desconcierto: “Corte Suprema acoge amparo de INDH en favor de comuneros mapuche desalojados ilegalmente”. 5 de abril de 2018.

3.3.4 Formalizan a carabinero por apremios ilegítimos contra comunero mapuche

En febrero de 2014, el comunero mapuche Alberto Curamil Millanao fue detenido por Carabineros y brutalmente golpeado tras incidentes registrados en Temuco a raíz del juicio al machi Celestino Córdova. Según se consigna en el recurso presentado por el INDH, el detenido fue agredido, golpeado y objeto de insultos racistas por parte del carabinero de iniciales L.L.R, quién fue formalizado por el Juzgado de Garantía de Temuco por el delito de tormentos y apremios ilegítimos en contra del comunero mapuche en enero del 2018¹⁰³, 4 años después de sucedidos los hechos.

3.3.5. Recurso de amparo por caso de niños mapuche de Ercilla

El 22 de marzo de 2018 en la comunidad autónoma Huañaco Millao-Ercilla fueron interceptados 4 niños mapuche de entre 12 y 15 años –mientras se dirigían a sus hogares– por 3 miembros de Carabineros. Los efectivos policiales les exigieron a los niños la realización de un control de identidad, llevándolos para tal efecto a un sitio eriazado dentro de la comunidad. Durante el desarrollo del control, Carabineros agregó una revisión corporal de los menores, que incluyó palpaciones y la obligación de desvestirse, incluyendo la exigencia de desprenderse de su ropa interior, acto que fue rechazado por el grupo. De igual manera el grupo de estudiantes –todos alumnos del colegio Alonso de Ercilla y Zúñiga– recibió tanto amenazas verbales como maltrato psicológico.

Debido a lo anterior, el 7 de mayo de 2018 el Centro de Investigación y Defensa Sur (Cidsur) junto con la Red de Peritos Independientes y la Red por la Defensa de la Infancia, interpusieron un recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Temuco a favor de los niños, pero el recurso fue rechazado.¹⁰⁴ Sin embargo, el recurso fue apelado en la Corte Suprema, instancia que revocó la sentencia, y determinó que el recurso debía ser acogido, decretando la ilegalidad del procedimiento y la vulneración de los derechos de los niños, obligando a Carabineros a realizar sumarios internos “que permitan dilucidar las responsabilidades administrativas involucradas y adoptar las medidas necesarias para impedir que se repitan actos que importen atentados a la libertad personal y a la seguridad individual”.¹⁰⁵

103 INDH: “Justicia formaliza a carabinero por apremios ilegítimos contra comunero mapuche”. 30 de enero de 2018.

104 Soy Chile: “Tribunal de Temuco rechazó recurso de amparo por supuestos tratos ilegales de Carabineros contra niños mapuche de Ercilla”. 18 de mayo de 2018.

105 Soy Chile: “Corte Suprema acogió recurso por procedimiento ilegal de Carabineros contra cuatro niños mapuche”. 31 de mayo de 2018.

3.3.6. Tratos vejatorios en manifestación en Temuco

El 23 de marzo de 2018, durante una manifestación pacífica en Temuco cuyo fin era apoyar a las mujeres productoras de hortalizas y comerciantes mapuche, quienes habían sido desalojadas del centro de la ciudad, fueron detenidas diez personas: seis mujeres mapuche, dos varones mapuche, una mujer transexual y una menor de diecisiete años. Los detenidos fueron llevados a la Octava Comisaría de Temuco, donde se les obligó a desnudarse sin su consentimiento, debiendo soportar un registro corporal abusivo de parte de Carabineros, lo que –según expone el Instituto Nacional de Derechos Humanos– constituye violencia sexual al no existir ningún fundamento suficiente que avale la exigencia de desvestirse.

Debido a lo anterior el INDH presentó, el 15 de mayo de 2018 ante el Juzgado de Garantía de Temuco, diez querellas contra Carabineros por el delito de apremios ilegítimos,¹⁰⁶ al haber sometido a las personas detenidas a tratos vejatorios y degradantes, que al cierre de este *Informe* se encontraban pendientes.

3.3.7. Condena a lonko Juana Calfunao por el delito de maltrato de obra a carabineros

Juana Calfunao, lonko de la comunidad Juan Paillalef, mantiene un conflicto con el Estado desde hace ya dos décadas, debido a su férrea oposición a la construcción y asfaltado del camino que va desde la localidad de Los Laureles hasta el Lago Colico.¹⁰⁷ Según ha señalado, el camino dividiría a su comunidad afectando lugares sagrados y, además, su construcción no ha sido consultada de forma previa a los comuneros.¹⁰⁸ Las obras de dicho camino estuvieron detenidas hasta el año 2007, pero luego de que la lonko fuera detenida durante cuatro años, los trabajos avanzaron hasta el límite de su comunidad. Esta situación dio lugar a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 2015, decretara una medida cautelar para proteger la vida e integridad de la lonko y su familia, señalando que el Estado y sus instituciones debían no solo proteger a esta comunidad, sino que omitir cualquier acción que pueda conducir a hechos de violencia.¹⁰⁹ Esta medida cautelar fue ampliada en 2016 para proteger a otros miembros de la familia de la lonko.¹¹⁰

106 INDH: "INDH interpone diez querellas por apremios ilegítimos en comisaría de Temuco". 15 de mayo de 2018.

107 INDH: "Preocupación por condena a Juana Calfunao: CIDH había dictado cautelares a su favor". 20 de julio de 2018.

108 El Desconcierto: "Condenan a 5 años de cárcel a lonko Juana Calfunao por lesión a carabinero en la mano". 17 de julio de 2018.

109 CIDH, Medidas Cautelares, MC 46/14 Juana Calfunao y otros, Chile. 26 de octubre de 2015.

110 CIDH, Ampliación Medidas Cautelares, MC 46/14 - Juana Calfunao y otros, Chile. Ampliación, 23 de mayo de 2016.

El 15 de septiembre de 2016, la lonko se opuso –cortando un árbol en el camino en el exterior de su casa en la comunidad Juan Paillalef– a que funcionarios de la Dirección de Vialidad de la municipalidad, que llegaron acompañados por carabineros, perfilaran un camino que pasa justo por esa propiedad. Según señala el recurso presentado en esa fecha por el INDH, tanto la lonko como un funcionario policial resultaron lesionados. La lonko fue detenida por este hecho. El recurso presentado por el INDH fue acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco y confirmado por la Corte Suprema, dictaminando que en cumplimiento del deber de omisión establecido en la cautelares de la CIDH, el Estado de Chile debió haberse inhibido de incurrir en actos que afectaran la libertad personal y seguridad individual de la lonko Juana Calfunao.¹¹¹

Sorpresivamente, el 17 de julio de 2018, la lonko fue condenada por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco a 5 años y 1 día por maltrato de obra a carabineros con lesiones graves, tras la situación acaecida en 2016. La decisión judicial ha recibido la condena de la directora del INDH, que hace un llamado al Estado de Chile para que cumpla “con sus obligaciones internacionales de derechos humanos y fortalezca el proceso de diálogo con el pueblo mapuche”, reiterando la necesidad de “adoptar medidas para que las mujeres indígenas tengan acceso efectivo a la justicia ante situaciones de violencia y se les otorgue la protección que sea necesaria para evitar la discriminación múltiple que suele afectarles; y, se establezcan medidas para prevenir y sancionar vulneraciones a la actividad de los defensores y defensoras de derechos humanos, en particular frente a amenazas de que puedan ser objeto por otros órganos o agentes del Estado”.¹¹²

Es posible señalar que los casos mencionados permiten configurar que en el sur del país, en especial en la región de La Araucanía se constatan importantes situaciones de violencia policial, que configuran violaciones a los derechos a acceso a la justicia, la presunción de inocencia, y la integridad física de numerosas comunidades y personas indígenas frente al actual de Carabineros. Sumamente grave y preocupantes son los casos que involucran a menores de edad, quienes son especialmente vulnerables a estas infracciones.

111 INDH: “Corte Suprema confirma fallo en favor de lonko Juana Calfunao”. 1 de marzo de 2017.

112 INDH: “Preocupación por condena a Juana Calfunao: CIDH había dictado cautelares a su favor”. 20 de julio de 2018.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta sección hemos intentado realizar un análisis general de la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, en base a estándares de derechos humanos en la materia, en especial, el derecho a la autodeterminación, a ser consultados, al territorio, y a la igualdad y no discriminación ante la justicia.

A modo de conclusión podemos señalar que no hay avances significativos que reportar en la concreción de estos derechos, más bien por el contrario, existen señales preocupantes respecto al enfoque que se está adoptando. De este modo, aunque cabe valorar positivamente la actitud del ministro Moreno de entablar un diálogo con un grupo amplio de actores en la región, las nuevas presentaciones de querellas por Ley Antiterrorista, el nulo avance de los proyectos que crean el Ministerio de Pueblos Indígenas y los Consejos de Pueblos, las voces que piden la denuncia del Convenio 169 y las indicaciones presentadas a la Ley Antiterrorista con un enfoque predominante en la seguridad pública y no en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, no permiten sacar cuentas positivas. Resta por ver si los anuncios del Plan Impulso Araucanía, que paradójicamente contendrá noticias que les concernirán a los nueve pueblos indígenas reconocidos en la Ley Indígena, siguen la línea de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas del derecho internacional de los derechos humanos.

RECOMENDACIONES

1. Generar una instancia de diálogo que sea oficial, con la participación de todos los involucrados y en condiciones de igualdad, para discutir y acordar una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile, que incluya territorios, recursos naturales, autodeterminación, consentimiento, reparación a las injusticias del pasado, entre otras materias, en conformidad a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.
2. Tomar las medidas necesarias para reconocer constitucionalmente, conforme a los estándares de derechos humanos, a los pueblos indígenas, reconociendo su preexistencia, su derecho a la autodeterminación, al territorio y recursos naturales, a la consulta previa, entre otros derechos.
3. Tomar acciones urgentes para modificar, conforme a lo señalado en el *Informe 2017*, la Ley Antiterrorista de manera que se adapte a los estándares del debido proceso y el derecho a la no discriminación.
4. Tomar todas las medidas para que el combate a la violencia no signifique el menoscabo de garantías básicas de la presunción

de inocencia, garantías del debido proceso, e igualdad ante la justicia, en el caso de la protesta judicial mapuche.

5. Tomar todas las medidas que sean necesarias para terminar con la violencia y los abusos policiales denunciados contra comunidades, familias y niños mapuche en el sur del país.
6. Modificar, con el consentimiento y acuerdo de los pueblos indígenas, los sistemas actuales de restitución de territorios de tal forma que se cumpla con los estándares internacionales de los derechos de los pueblos indígenas.

DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: ¿LA INFANCIA PRIMERO?¹

- 1 Capítulo elaborado por Ester Valenzuela Rivera y Macarena Arismendi. Se agradece la colaboración de las ayudantes alumnas de Derecho UDP Natalia Peña, Natalia Aceitón, Isidora Correa, Catalina Jara, Constanza Castillo, Eileen Del Campo.

SÍNTESIS

Esta sección de actualidad revisa aquellos temas que han tenido impacto a nivel país y han suscitado mayor preocupación como son los temas vinculados a violencia o abusos en residencias, a maltrato, delitos sexuales e imprescriptibilidad. Junto a ello se analizan también los proyectos de ley de Servicio Nacional de Protección de la Niñez, de Servicio de Reinserción Social Juvenil, el proyecto de Ley de Adopción y la reciente Ley de Identidad de Género.

PALABRAS CLAVES: derechos de niños, niñas y adolescentes, maltrato y abuso sexual, proyectos de ley, SENAME, derecho a la identidad, enfoque de género.

INTRODUCCIÓN

La presente sección, tiene por objeto dar cuenta de los principales hechos ocurridos entre julio de 2017 y julio de 2018 en materia de derechos de la infancia, para lo cual se han revisado y analizado distintas fuentes, como sentencias, proyectos de ley, indicaciones, oficios, reglamentos, políticas públicas y otros hechos de connotación social, que han dado lugar a reacciones desde los distintos poderes del Estado, asimismo nuevas iniciativas tendientes a aunar posiciones como es el caso del Acuerdo Nacional de la Infancia. Este último acuerdo es el producto de una mesa de trabajo convocada por el presidente Sebastián Piñera, donde se propuso una hoja de ruta sobre la cual avanzar en el tema de infancia.

En este período, a la luz de los antecedentes analizados, podemos señalar que de los proyectos de ley en materia de infancia presentados en el gobierno anterior, fueron aprobados durante el último año i) la creación de la Defensoría de la Niñez, ii) la creación de la Subsecretaría de la Niñez, iii) la Ley que sanciona al maltrato infantil, iv) la Ley que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales y, finalmente, v) la Ley de Identidad de Género, que se pronuncia respecto a la situación de los menores de 18 años en esta temática.

Actualmente están en discusión los proyectos de ley sobre i) Sistema de garantías de derechos de la niñez, ii) La creación de dos nuevos servicios que reemplazarían al SENAME, el Servicio de Reinserción Penal Juvenil y iii) el Servicio de Protección Especializado, introduciéndose por el actual gobierno un nuevo proyecto que reemplazaría a este último denominado iv) Servicio de Protección Nacional de la Niñez. Además, se están tramitando en el Congreso los proyectos de ley sobre v) la Reforma Integral al Sistema de Adopción, vi) el proyecto de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad –el cual se reactivó a través de una indicación del Ejecutivo– y vii) la modificación de la Ley 20.032, que establece un Sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del

Servicio Nacional de Menores (en adelante, SENAME), y su régimen de subvención.

En este contexto, se han elaborado varios informes de la situación de la infancia y redactado el señalado Acuerdo Nacional por la infancia. Los informes han dado cuenta de algunas situaciones en las que se encuentran Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante, NNA). Entre los más recientes, tenemos el Informe del Comité de Derechos del Niño sobre las condiciones de vida de los NNA que se encuentra en centros del SENAME, que fue categórico y demoledor en su contenido, dando cuenta de graves vulneraciones e incumplimiento de parte del Estado en su rol de garante. También se difundió el informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos, el cual hizo observaciones sobre los centros residenciales y ambulatorios del SENAME y, adicionalmente, encontramos el Informe sobre la situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile realizado por el Consejo de la Infancia en conjunto con el Observatorio nacional de los derechos de la niñez.

En materia de hechos de connotación pública, es posible afirmar que la mayor parte de los hechos noticiosos se han relacionado con el sistema de residencias del SENAME y las tragedias derivadas de los vejámenes que hemos conocido el último tiempo, es decir, castigos, torturas, apremios que niños y niñas sufren al interior de estas residencias, dándose cuenta de un servicio que lejos de proteger a los niños y adolescentes de nuestro país, los vulnera sistemáticamente. Otros hechos de alta repercusión nacional en materia de infancia se han relacionado con la mal llamada agenda moral, concretamente la Ley de Identidad de Género y Ley de adopción (en esta última el foco se ha puesto en la posibilidad de que parejas homosexuales puedan adoptar).

Cabe señalar que durante este año también se hicieron presentes los temas de género. Estos temas se visibilizaron públicamente, con demandas concretas, reivindicando los derechos de la mujer a través del movimiento feminista. Dicho fenómeno se manifestó con gran fuerza y, sin duda la reflexión sobre los derechos y la situación de las mujeres en Chile debiese tener impacto en cómo concebimos los derechos de la niñez y adolescencia, es decir, en avanzar en un enfoque de género respecto a las problemáticas particulares de las niñas. Una pequeña muestra de la necesidad de introducir perspectiva de género la podemos apreciar en el hecho de que en temas como maltrato infantil y delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes existe, según la evidencia, una marcada prevalencia en niñas y en adolescentes mujeres. Esto debiera incidir en la construcción de políticas públicas que aborden los temas de maltrato y abuso sexual en ese sector de la población.

El análisis que hemos realizado en este capítulo de cada uno de estos hitos ha sido desde un enfoque de derechos del niño, cotejando los estándares internacionales contenidos en la Convención de Derechos

del Niño (en adelante, CIDN), las observaciones generales emanadas del Comité de Derechos del Niño y por supuesto del *Corpus Iuris* del derecho internacional de los derechos humanos.

Dada la extensión de este reporte hemos decidido dar mayor desarrollo y profundidad a aquellos temas que han tenido impacto a nivel país y han suscitado mayor preocupación: nos referimos concretamente a todos los temas vinculados a violencia o abusos en residencias, a maltrato, delitos sexuales e imprescriptibilidad, al Proyecto de Ley de Adopción y a la reciente Ley de Identidad de Género.

1. DENUNCIAS CONTRA VULNERACIONES A NNA AL INTERIOR DEL SENAME

En el último tiempo son innumerables las denuncias formuladas contra el SENAME. Casos como el de *Lisette* mostraron que dicho servicio no solo no está cumpliendo su propósito, es decir protegerlos, sino que, por el contrario, hay evidencia de que al interior de sus residencias se vulneran gravemente derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Adicionalmente, la inexistencia de registros sobre información básica de los niños al interior de los centros u hogares acrecienta aún más los contextos de vulneración.

Dentro de los anuncios prioritarios del gobierno de la presidenta Bachelet estuvo el reemplazo del SENAME con la creación de dos nuevos servicios (Servicio Nacional de Protección Especializada, orientado directamente a la protección de niños en situaciones de vulneración de derechos y el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil orientado a hacerse cargo de la reinserción de los adolescentes infractores de la ley penal). El gobierno del presidente Piñera ingresó con fecha 17 de agosto a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Protección de la Niñez, el cual reemplazaría al proyecto Servicio Nacional de Protección Especializada.

El Acuerdo Nacional por la Infancia decidió dar prioridad a la creación de este servicio y asimismo al de Reinserción. En dicho acuerdo se plantean mejoras tales como dar mayor preponderancia e injerencia a las direcciones regionales en la ejecución, licitación, supervisión y fiscalización de programas; crear un sistema de información integrado y moderno que permita el seguimiento y monitoreo de casos NNA que ingresen a este servicio; propender a la supervisión y fiscalización incorporando mecanismos adecuados para fiscalizar a los organismos colaboradores y los programas de administración directa del Servicio de Protección Especializada, y fijar sanciones para quienes no tomen las medidas adecuadas frente a situaciones de abuso, mejorando el sistema de acreditación de los organismos colaboradores para asegurar el cumplimiento de los estándares y establecer un modelo de evaluación continua.

1.1. Informe del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas: “El Estado es responsable por graves violaciones de los derechos”

El informe emanado por el Comité de Derechos del Niño sobre Chile, del año 2015, en su acápite sobre niños privados de un entorno familiar, manifestó su preocupación sobre el número de niños en centros de acogida de tipo residencial no familiar, planteando que era una cifra muy elevada. Asimismo, mostró su inquietud por la calidad de la atención facilitada y los presuntos casos de violencia contra niños en esos lugares, señalando que esto ya fue parte de la recomendación anterior.²

El año 2016 diputados chilenos presentaron una denuncia ante el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas. Esa denuncia se realizó en el marco del Protocolo Facultativo de la CIDN relativo a un procedimiento de comunicaciones ratificado por Chile en 2015. En conformidad a dicho protocolo, la denuncia fue acogida a trámite en 2017 y, en este contexto, dos expertos del Comité estuvieron en Chile en el mes de enero del presente año, visitaron centros de la región Metropolitana y de Valparaíso y, posteriormente, redactaron un informe que fue entregado al Estado de Chile el pasado 7 de junio.

Este informe señala que en nuestro país han existido violaciones graves y sistemáticas a los derechos de la infancia vulnerable en los últimos 40 años (es decir a partir de la creación del SENAME el año 1979), indicando que “El Estado es responsable por graves violaciones de los derechos enunciados en la CIDN considerando que el sistema de protección residencial en Chile ha resultado en una amplia vulneración de derechos de miles de niños, niñas y adolescentes bajo la tutela del Estado durante un largo período de tiempo”. Estas graves violaciones

- 2 El Comité recuerda su recomendación anterior (CRC/C/CHL/CO/3, párr. 45) y recomienda al Estado parte que:
 - a) Promueva la colocación en hogares de acogida como modalidad alternativa de cuidado y procure que los niños solo sean internados en instituciones como último recurso, y teniendo en cuenta su interés superior;
 - b) Garantice salvaguardias adecuadas y criterios claros, sobre la base de las necesidades y el interés superior del niño, para determinar si un niño debe ser colocado en un centro de cuidados alternativos;
 - c) Preste asistencia adecuada a los padres mientras sus hijos permanezcan acogidos, para que puedan volver a cuidarlos cuando ello redunde en el interés superior de los niños;
 - d) Procure que los niños puedan mantener el contacto con sus padres, a menos que ello no redunde en su interés superior;
 - e) Garantice una revisión periódica de los internamientos de niños en instituciones y de su colocación en hogares de acogida, y supervise la calidad de la atención que reciben en esos entornos, entre otras cosas, ofreciendo vías accesibles y adaptadas a las necesidades de los niños para denunciar, vigilar y remediar situaciones de malos tratos a menores;
 - f) Adopte las medidas necesarias para prevenir e impedir la violencia contra los niños en las instituciones y los hogares de acogida;
 - g) Asegure una asignación suficiente de recursos humanos, técnicos y financieros a centros de cuidados alternativos y servicios pertinentes de atención al niño para facilitar la rehabilitación y la reintegración social de los niños que residen en ellos, en la mayor medida posible;
 - h) Tenga en cuenta las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños (véase el anexo de la resolución 64/142 de la Asamblea General).

consistirían en la i) “violación de su obligación de respetar los derechos de los NNA durante su estadía en las residencias de administración directa del Estado, que ha resultado en una re-victimización de los NNA por parte del personal”; ii) “violación de su obligación de proteger por no proveer la protección y el cuidado adecuado a NNA que entran en el sistema de protección residencial por haber sido víctimas de vulneraciones de derechos, ni los cuidados necesarios para la recuperación y rehabilitación física y psicológica de los NNA”; iii) “violación de su obligación de hacer cumplir los derechos de los NNA por la inexistencia de medidas efectivas y oportunas para poner fin a las violaciones de derechos, tanto en su familia de origen como en las residencias de administración privada”.³

En el Informe el Comité atribuye, entre otras razones, las violaciones sistemáticas de los derechos enunciados en la CIDN a: (i) “la falta de una ley integral de protección de la niñez basada en una perspectiva de derechos humanos”; (ii) “la existencia y uso extendido y continuo de medidas judiciales que fallan en su propósito de protección y recuperación”; (iii) “el mantenimiento de un cuadro administrativo de SENAME no adecuado en recursos humanos y financieros”; y, finalmente, (iv) “la incapacidad y/o voluntad, por parte del Estado, de tomar medidas eficaces y oportunas a pesar de que la situación del sistema de protección residencial es conocida a través de informes oficiales de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo”.⁴

En conformidad al Protocolo en su artículo 13 párrafo 5, “El Estado parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité lo antes posible, dentro de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que reciba los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité”. Adicionalmente el Comité, de ser necesario, podrá invitar al Estado parte de que se trate a que lo informe de las medidas que haya adoptado y tenga previsto tomar a raíz de una investigación realizada (artículo 14).

Hasta ahora, el gobierno mandató, además del Acuerdo por la Infancia en que fija directrices generales sobre políticas de infancia, la realización de una auditoría social del SENAME para analizar información relevante de todos y cada uno de los NNA que se encuentran tanto en centros de administración directa del SENAME como en centros de organismos colaboradores. Adicionalmente, el Ejecutivo ingresó al Congreso un proyecto de ley que aumenta la subvención periódica entregada a organismos colaboradores acreditados por el SENAME y se

3 Comité de los Derechos del Niño, *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, (1 de junio de 2018), Doc ONU CRC/C/CHL/INQ/1, visto en: <http://www.minjusticia.gob.cl>.

4 *Ibíd.*

realizaron indicaciones al proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Juvenil y al proyecto de adopción. Durante el primer semestre, el gobierno procedió a la instalación de la Subsecretaría de la Niñez y en el mes de Julio se introdujo el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Protección de la Niñez, el cual analizamos a continuación.

1.2. Servicio Nacional de Protección de la Niñez

Legislar sobre un nuevo Servicio es una necesidad imperiosa. Este proyecto da respuestas, pero se requiere revisar el objeto planteado y dar mayor profundidad y desarrollo en algunos temas que solo enuncia y cuyos contenidos deben ser incorporados en la ley.

Este proyecto de ley (en adelante, PDL) surge y se hace cargo de algunas de las críticas sostenidas en el reciente Informe del Comité de derechos del niño y asimismo de las directrices elaboradas en el Acuerdo Nacional por la Infancia. Fue ingresado por el Ejecutivo en agosto, creando el Servicio de Protección de la Niñez entendido como un servicio público, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Se plantea como objetivo otorgar protección especializada a niños y niñas, entendida como la restitución del ejercicio de los derechos vulnerados debido a abuso o maltrato, y la reparación de las consecuencias provocadas por dichas vulneraciones, entendiendo por vulneración grave lo que tanto el Código Penal, como la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, y las demás leyes respectivas definan como abuso y maltrato, incluyendo asimismo el abandono o la negligencia grave.

Respecto a los factores que constituirían vulneración grave, el PDL se enfoca en aquellos que provienen de la familia, excluyendo otros relevantes como aquellos que tienen que ver con género, clase, etnia, raza, etc.

En relación al objeto que se plantea el Servicio, podemos señalar que el PDL deja fuera situaciones de violación, estupro, explotación sexual comercial infantil, pornografía, trabajo infantil y situación de calle. Esto es complejo porque restringe el objeto y excluye situaciones que deben ser consideradas por este nuevo servicio. Es necesario indicar que es preocupante que el proyecto no considere la situación de NNA que viven en la calle. En esta línea sería recomendable que dentro del objeto del servicio se estableciera una causal genérica que reconozca como vulneración de derecho la exclusión social.

El Proyecto declara como principios rectores de este servicio, i) el interés superior del niño, ii) el derecho a ser oído, iii) la autonomía progresiva, iv) el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, v) el fortalecimiento del rol protector de la familia y vi) el derecho de los niños a su vida familiar. En cuanto al derecho a ser oído se valora que el PDL lo explicita, sin embargo, eso no es suficiente y se

requiere establecer un sistema de representación jurídica que garantice a los NNA en residencias a ser oídos en todas las medidas que les afecten. Es preciso que dicho derecho se haga efectivo y eso solo será posible si los NNA cuentan con un abogado que represente sus derechos y su interés manifiesto en todas las instancias donde se tomen decisiones que afecten su vida. Tanto el artículo 12 N° 2 de la Convención de Derechos del Niño, como el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, determinan que los NNA poseen derecho a la defensa y al debido proceso en los casos en que sus intereses se encuentren en juego, vinculándose su ejercicio al patrocinio de una adecuada defensa técnica de sus intereses.

En la actualidad, si bien existe la figura del Curador *Ad Litem*, establecida en el artículo 19 de la Ley 19.968, su regulación no permite garantizar un genuino derecho a la defensa técnica de los NNA en asuntos que les conciernen directamente, como son la aplicación de medidas de protección o la adjudicación de derechos de los que son titulares directos. Las curadurías quedaron radicadas en la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ), en consecuencia, son las y los abogados/os de la CAJ quienes cumplen esta obligación, que se suma a la sobrecarga de causas que llevan. Adicionalmente, y dada la falta de representantes para niños, niñas y adolescentes, algunas clínicas jurídicas de universidades o programas pro-bono insertos en facultades de derecho, han asumido el ejercicio de las curadurías. Sin embargo, al no existir una institucionalidad especializada para dar defensa a niños, niñas y adolescentes, la función de su representación a través del curador ha quedado entregada a instituciones que actúan bajo sus propios criterios, sin ninguna articulación ni supervisión desde el Estado, no existiendo por lo tanto estándares comunes adecuados para la prestación del servicio. Todo lo anterior confabula con el efectivo ejercicio del derecho a ser oído y la real y efectiva representación de los NNA en tribunales y en otras instancias.

El proyecto plantea mejoras en la oferta programática, aunque sin indicar cuál será esta oferta programática o cómo se llevará a cabo. Establece la inclusión de inimputable, planteando que el servicio se hará cargo de niños y niñas menores de 14 años que incurran en conductas delictuales, evitando la estigmatización, pero a la vez ofreciendo programas de protección exclusivamente dirigidos a su reparación, en virtud de la complejidad de cada caso, y a su integración social, con el objeto de prevenir la cronificación o agravamiento de este tipo de conductas. Si bien se valora la preocupación del PDL porque declara su inclusión, el proyecto no enuncia cuál sería exactamente la oferta específica, salvo la declaración explícita de evitar la estigmatización de los menores de 14 años que cometen delitos, además de la aseveración de que habrá una oferta de programas.

Respecto a las entidades coadyuvantes, que han sido tremendamente cuestionadas por el Informe del Comité a propósito de las denuncias, este PDL plantea su eliminación, cuestión contradictoria con el proyecto en trámite sobre aumento de subvenciones, en que bajo ciertas condiciones no solo considera a las entidades coadyuvantes sino que las regula.

El proyecto se pronuncia sobre la institución de familias de acogida, priorizando el cuidado alternativo al residencial. Se establece la misma banda de subvención respecto del cuidado alternativo familiar o residencial, lo que sin duda representaría un incentivo para fomentar el cuidado en familias de acogida, sin embargo, dichas familias requieren un tratamiento más profundo con cambios estructurales que esta ley no contempla y que es necesario que se revisen.

El proyecto plantea mejoras en el sistema residencial, estableciendo que se destinarán mayores recursos para favorecer a las residencias pequeñas de cuidados más personalizados respecto de las residencias masivas, sin embargo, no se pronuncia sobre qué tipo de mejoras realizará o cómo las llevará a cabo. Una de las líneas de acción que debiese ser mencionadas, dada su relevancia, es el tema de salud mental, respecto del cual hay una omisión absoluta, a pesar de la reconocida necesidad que existe en esta materia y sobre la que no figura propuesta. Se requiere un sistema especial y de garantías explícitas para NNA bajo protección en materia de salud mental, que permita su atención en el sector privado, ya que hay una enorme carencia de disponibilidad en el sector público. Esta situación es crítica, ya que en casos graves los cupos para mediana y larga estadía son escasos y aquellos NNA de residencias que requieren con urgencia tratamiento psiquiátrico con internación, no logran acceder al sistema de salud público.

Se establecen programas de apoyo para vida independiente, cuestión trascendental ya que en la actualidad esta es una gran falencia del sistema. Se trata de programas para niños y niñas que no pudiendo ser revinculados con su familia ni ser adoptados al cumplir la mayoría de edad son egresados del SENAME sin contar con apoyo ni redes de ningún tipo para el desarrollo de su vida independiente.

En términos administrativos el proyecto plantea la necesidad de un sistema de información, seguimiento y monitoreo. Será un sistema que resguardará la confidencialidad y protección de los datos personales y tendrá como objetivo el seguimiento de los NNA sujetos de atención del Servicio y de sus familias, y el monitoreo de las prestaciones que reciben. Dicho sistema es esencial para el efectivo ejercicio de derechos fundamentales, ya que no es factible, por ejemplo, el real acceso al derecho a la educación si no se cuenta con la información actualizada del niño al momento de su ingreso a la residencia, ni tampoco construir un plan de intervención si no se tiene el historial completo del niño, con dicha información sistematizada.

Se destaca que el PDL se haga cargo de lo planteado en los informes de los últimos años respecto a contar con personal capacitado e idóneo. También se valora que plantee la existencia de una coordinación intersectorial, indicando la creación de una Comisión Coordinadora de Protección que deberá coordinar intersectorialmente a los órganos de la administración del Estado que desarrollen acciones, prestaciones o servicios orientados a la protección de los derechos de los niñas y niños. Asimismo, recoge la idea de un sistema de supervisión, planteando sanciones en el caso de no cumplir con los estándares de funcionamiento que establezcan el Servicio y el Ministerio de Desarrollo Social, a propuesta de la Subsecretaría de la Niñez. Al respecto, dos puntos son importantes de relevar. El primero dice relación con esta mirada de una supervisión solo vinculada a la sanción y no vinculada a brindar asistencia técnica en caso de deficiencias, y el segundo punto tiene que ver con la definición de estándares de funcionamiento, asunto crucial que debe establecerse en la ley para garantizar los derechos de NNA que viven en residencia.

El PDL da un paso adelante pronunciándose sobre la necesidad de que las instituciones que están a cargo de los diagnósticos sean distintas a aquellas que ejecutan programas de intervención, cuestión que plantea a través de la exclusividad respecto a la línea de acción de diagnóstico, lo cual evitaría conflictos de interés y malas prácticas.

En la actualidad este PDL se encuentra en el primer trámite constitucional. Se ha escuchado a diversos actores de la sociedad civil, gobierno y a la Defensora de los Derechos de la Niñez, solicitándose además el pronunciamiento de la Corte Suprema, la cual ha planteado que valora el proyecto de ley que crea este nuevo servicio, manifestando que su mayor aprensión se genera respecto a la falta de referencia expresa a la transitoriedad que debe caracterizar a las medidas de protección que impliquen separar al niño o niña de sus padres. De esta manera, la Corte Suprema señaló en su informe que "se advierte que el proyecto de ley no hace referencia expresa a la transitoriedad que debe caracterizar a las medidas de protección que impliquen separar al niño o niña de sus padres",⁵...indicando, asimismo, que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ha establecido que los "dos criterios básicos que rigen las medidas de separación de un NNA de su familia son la excepcionalidad y la transitoriedad de la institucionalización."⁶ La Corte estima que la nueva normativa debe "reconocer expresamente la transitoriedad de esta medida de manera de garantizar que la línea de acción de cuidado alternativo de este nuevo Servicio propenda

5 Oficio N° 110-2018. Informe proyecto de ley N° 30-2018. Antecedente: Boletín N° 12.027-07. Disponible en: <https://www.camara.cl>.

6 Comité de los Derechos del Niño, *Informe de la investigación*, op. cit., párrafo. 59.

realmente a efectivizar el derecho de los niños y niñas a vivir con sus familias, reconocido, entre otros, en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁷

Esta cuestión es esencial toda vez que el propio Informe del Comité señaló que se prolongan sin control los tiempos de internamiento, a raíz, entre otros, de que “los programas de protección residencial no están obligados a hacer una evaluación independiente de la continuación de la medida de internación según el interés superior del NNA, lo que provoca en ocasiones que el NNA cumpla largos periodos de internación en los centros, incluso de más de 5 años”⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos afirmar que este proyecto es una buena iniciativa ya que da respuesta a la imperiosa necesidad de reformar estructuralmente el actual Servicio Nacional de Menores, respecto del cual se hace insostenible su existencia debido a que ha sido el ente responsable de las mayores y más graves vulneraciones a NNA en el país.

Como señalamos anteriormente, el SENAME sería reemplazado por dos nuevos servicios: el ya comentado Servicio Nacional de Protección de la Niñez y el Servicio de Reinserción Social Juvenil, este último fue introducido a través de proyecto de ley por el gobierno de Bachelet y el actual gobierno lo ha mantenido en tramitación sumándole algunas indicaciones.

1.3. Servicio de Reinserción Social Juvenil

El nuevo Servicio plantea un avance significativo respecto a lo que actualmente existe, introduciendo nuevos modelos de intervención y dando espacio a la mediación en algunos delitos, sin embargo, es importante revisar las fórmulas de financiamiento y definir estándares mínimos para la licitación y acreditación de programas.

Este proyecto nace de la necesidad de reformar estructuralmente el Servicio Nacional de Menores (SENAME), ya que el sistema vigente no logra reinsertar a los adolescentes, no muestra eficacia en términos de prevención y, también, debido a que los centros privativos de libertad para adolescentes, comparativamente, no son muy diferentes a la realidad de los centros penitenciarios para adultos. Las condiciones actualmente precarias del sistema han motivado este proyecto, para así establecer una nueva institucionalidad y un nuevo procedimiento para la aplicación de sanciones penales a los menores de edad.

7 Suscrita por el Estado de Chile el 26 de enero de 1990 y ratificada el 13 de agosto de 1990. Vigente desde el 27 de septiembre de 1990.

8 Comité de los Derechos del Niño, *Informe de la investigación*, op. cit., párrafo. 28. Comité de los Derechos del Niño, *Informe de la investigación*, op. cit., párrafo. 59.

Lo que se busca a través de la creación del Servicio de Reinserción Social Juvenil, es que este servicio sea la entidad responsable de administrar y ejecutar las medidas y sanciones contempladas por la Ley 20.084, mediante programas que contribuyan a la modificación de la conducta delictiva, la integración social de los jóvenes sujetos de su atención y la implementación de políticas de carácter intersectorial en la materia. Esta modificación permitirá la profundización de la implementación de la CIDN, para alcanzar los objetivos preventivos de justicia del sistema de responsabilidad penal.

En lo relativo a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, Ley 20.084, se señala que el sistema en ella establecido sería insuficiente puesto que el actual sistema penal de adolescentes no logra reinsertar y es ineficaz en términos preventivos, ya que no aclara ni resuelve los diversos casos denunciados y las sanciones dispuestas no son realmente disuasivas. Por otro lado, los centros privativos de libertad tienen condiciones similares a las del sistema penitenciario común y la regulación vigente no ofrece criterios de especialización, siendo estos suplidos por la jurisprudencia.

El proyecto contempla, a grandes rasgos:

- La Creación del Servicio de Reinserción Social Juvenil como servicio público, descentralizado, encargado de administrar y ejecutar las sanciones de la Ley 20.084, implementar políticas intersectoriales y desarrollar programas para modificar la conducta delictiva y la integración social de los jóvenes sujetos de su atención. Contará con director nacional y subdirecciones. Respecto de esta iniciativa, se ha sostenido que lo propuesto de tener un director y dos subdirecciones no innova en relación a lo que existe. Se podría avanzar en la creación de consejos y distinguiendo entre un director nacional y un director ejecutivo.⁹
- En la organización del nuevo servicio se prioriza un modelo de gestión de programas que fomente su constante retroalimentación, mejoramiento y perfeccionamiento, mediante un diseño institucional que refuerce su formulación, operación, evaluación y monitoreo, como fases interrelacionadas, con un alto nivel de especialización. Para aquello, se contemplan estándares de calidad de los programas y el servicio que serán validados a través del Consejo de Estándares y Acreditación, para contar con un respaldo técnico externo para los procesos de intervención. De esta manera se propone un modelo integrado para la externalización de programas, en lo relativo a la colaboración

9 Centro UC Políticas Públicas, *Observatorio Legislativo N° 36 Servicio de Reinserción Social Juvenil*, marzo de 2018.

público-privada que incluye un proceso de acreditación de programas para verificar que entidades privadas que colaboren cumplan los estándares de calidad, monitoreo y transparencia. Respecto de esta iniciativa, se ha sostenido, entre otras cosas, que no se realizan referencias al contenido mínimo sobre los cuales deben versar los estándares y no existe claridad sobre si los programas que serán acreditados serán de intervención general o específica.¹⁰

- El nuevo servicio incorpora renovados modelos de intervención, donde se evita la estandarización de la intervención, mediante el uso “de baterías de instrumentos y protocolos de evaluación que aseguren el acompañamiento individualizado, mediante relaciones cara a cara que motiven, faciliten y sostengan procesos de cambio; así como de acciones con un enfoque integral, mediante un proceso de gestión que organice los flujos de coordinación entre todos los que intervienen y todas las intervenciones que se dan a un o una joven, todo lo cual debe estar asegurado en el modelo de gestión institucional”.¹¹ Sin embargo, respecto de estos nuevos modelos de intervención, se ha sostenido que no se explicita cómo aquellos modelos, con distintos enfoques van a desarrollarse en la práctica, que no se distingue entre intervención y sanción, no se encuentra suficientemente desarrollado el modelo de intervención a nivel legal, y otros.¹²
- Uno de los temas que aparece como algo nuevo en la Ley 20.084 es la noción de mediación, donde habría la posibilidad de que algunos delitos sean derivados a una instancia de mediación, sin embargo, dicha posibilidad es muy restrictiva, ya que solo daría la opción a aquellos delitos respecto de los cuales fuera procedente la suspensión condicional del procedimiento, por lo que restringe en gran medida otros delitos que también podrían ser derivados a mediación y así no judicializar la mayor cantidad de delitos, teniendo siempre en consideración la especialidad que debe tener una ley de responsabilidad penal adolescente.
- Se ha sostenido que “el proyecto no posee una clara fundamentación ni explicitación de las ideas matrices o principios que lo sustentan. De la misma forma, no son claros los modelos teóricos que sustentan la visión respecto de la delincuencia juvenil

10 Id.

11 Presidenta de la República, *Mensaje Presidencial que inicia proyecto de ley que crea el Servicio de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente y otras normas que indica*, 4 de abril de 2017, p. 4.

12 Centro UC Políticas Públicas, *Observatorio Legislativo N° 36 Servicio de Reinserción Social Juvenil*, marzo de 2018.

que se ofrece, lo cual puede tener repercusiones concretas en la definición, por ejemplo, de la oferta programática o el sentido de las sanciones, entre otros aspectos”.¹³

En conclusión, se puede decir que, si bien es un avance, no deja de tener problemas, tal como sostiene José Pedro Silva,¹⁴ señalando que “el proyecto representa un avance evidente en relación con la precaria situación en que nos encontramos actualmente. Sin embargo, existen tres aspectos especialmente críticos. El primero, es que éste no innova en el diseño institucional sino que sigue promoviendo la estructura tradicional de los servicios del Estado. Por otro lado, no modifica las lógicas de financiamiento, ya que continúa subsidiando programas sin hacerse cargo de la trayectoria integral de los NNA. Por último, no se establecen estándares mínimos para las bases de licitación ni para la acreditación de programas, lo cual atenta sustancialmente con tener criterios homogéneos de calidad en la intervención de las distintas instituciones con los NNA”.

A fines de septiembre el gobierno anunció que enviará una serie de indicaciones para modificar la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente con el objeto de endurecer su aplicación.¹⁵ Entre otras cosas, las modificaciones apuntarían a limitar la discrecionalidad de los jueces para dejar sin efecto las sanciones privativas de libertad, estableciendo, además, un régimen más estricto en casos de reincidencia por delitos graves. Lamentablemente, la mirada más punitiva del Estado prevalece respecto a un tratamiento con enfoque de derecho de infancia y adolescencia.

2. MALTRATO INFANTIL

Existe la imperiosa necesidad de dar protección a los niños y las niñas frente a toda forma de maltrato físico o psicológico, de reforzar las normas existentes en materia de delitos de connotación sexual, y frente al maltrato de los padres hacia los hijos(as). Esta ley visibiliza que la violencia y maltrato puede provenir no solo desde los padres y familiares, sino que también, y de manera cada día más frecuente, desde su entorno no familiar; es decir, amigos, compañeros de colegio, educadores, etc. Por esta razón, modifica normas del Código Penal y de la Ley de Violencia Intrafamiliar con el objeto de sancionar el castigo corporal y tratos degradantes en contra de los NNA en todos los entornos.

13 Ibid. p. 7.

14 Miembro de la mesa de ejecución penal de CIDENI, que actualmente está revisando el presente proyecto de ley.

15 EL Mercurio, domingo 30 de Septiembre de 2018 página C3.

La Ley 21.013 se inicia por moción parlamentaria y tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial. El objetivo primordial de esta ley es dotar de especialidad a las normas referidas a maltrato y agresiones contra niñas, niños y adolescentes, agregando también otros grupos de personas en situación de vulnerabilidad, dotando así de sanciones propias y específicas a esta clase de delitos y ampliando además los sujetos activos, puesto que la sanción ya no se circunscribe al mero ámbito familiar, sino que es aplicable a cualquier persona que la realice.

Modificaciones Código Penal:

1. Se modifica el Artículo 21 del Código Penal, estableciendo inhabilidades en relación con personas declaradas culpables por delitos de maltrato y lesiones a niñas, niños y adolescentes y otros grupos vulnerables como pena accesorias.
2. Establece una agravante para hechos constitutivos de lesiones cuando estos se realizan contra menores de 18 años o los grupos vulnerables señalados en la misma ley, cuando el sujeto activo tenga encomendado a su cuidado a la víctima (art 400 C.P).
3. Establece y tipifica la figura de maltrato relevante contra niñas, niños o adolescentes y demás grupos vulnerables establecidos en la ley en el artículo 403 bis.
4. Establece en el artículo 430 ter la sanción a las conductas degradantes, es decir, a todas aquellas conductas que consideren un menoscabo de la dignidad e integridad psicológica de la niña, niño o adolescente víctima.
5. Entre los artículos 430 quáter, quinquies, sexies y septies se regulan sanciones de inhabilidades y su respectiva anotación en el registro de condenas, además de facultar al juez para imponer sanciones y medidas accesorias como acudir a programas de rehabilitación a maltratadores o el cumplimiento de servicio comunitario; prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de cuidado, trabajo o estudio; y otros.
6. Se modifica el artículo 494 N° 5 del Código Penal según el cual las lesiones clínicamente leves se consideran jurídicamente lesiones menos graves para estos efectos.

Esta Ley también realiza modificaciones a la ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar.

- A. Se elimina el inciso final del artículo 14, lo que significa la eliminación de la necesidad de habitualidad del maltrato en contexto de violencia intrafamiliar como preclasificación del delito. Permite ingresar directamente la causa en sede penal sin la necesidad del pronunciamiento sobre ello por parte del tribunal de familia.

- B. Se amplía en un grado la posible pena para este delito pudiendo sancionarse hasta con tres años de prisión.

Las modificaciones instruidas por esta ley a nuestro ordenamiento penal son un gran avance en relación con la sanción de conductas lesivas para niñas niños y adolescentes en nuestro país, dejando a Chile entre los países con estructuras penales más sofisticadas de la región, en este sentido. Así, el Estado de Chile, en parte,¹⁶ cumple con la recomendación que en 2015 realizó el Comité de Derechos del Niño sobre aprobar “una ley integral que prohíbe explícitamente el castigo corporal contra los niños en todos los entornos e incluye medidas para crear conciencia de las formas positivas, no violentas y participativas de crianza de los hijos”.¹⁷ Esta ley intenta, a través de la dotación de eficiencia y rigor a las normas penales sobre la materia, que se elimine la cultura naturalizada de nuestra sociedad de ciertas conductas que efectivamente constituyen maltrato infantil, sin embargo, es fundamental que existan estrategias preventivas para un trato sano y pacífico con los NNA, por lo que debe ponerse énfasis también en evitar que esos hechos ocurran. Así, el Comité de Derechos del Niño, en su informe de 2015,¹⁸ recomienda al Estado de Chile que desarrolle una estrategia integral para la prevención e intervención en casos de violencia contra los niños, en particular la violencia en el hogar y que incluya la prestación de apoyo psicosocial de las víctimas, por lo que no solo bastaría con la tipificación de la conducta punitiva del maltrato en sí, sino con un trabajo adicional y anterior.

Esta nueva ley, al tener la figura residual del maltrato relevante, es decir, figura que se da en casos que los delitos más graves no constituyen la conducta realizada, debe ser considerada en la actualidad para ver distintas vulneraciones que antes podrían no considerarse delitos y que ahora lo son, lo mismo es aplicable a los tratos degradantes. Así, esta nueva ley debe ser aplicada, en lo que corresponda, a las vulneraciones denunciadas por el Comité de Derechos del Niño en el informe de la investigación relacionada en Chile,¹⁹ ya que conductas reportadas por NNA que están en residencias en el Informe del INDH ahora constituyen delitos. Por ejemplo, los “castigos como encierro, contención física, ducha fría, salir al patio por la noche, aislamiento social

16 Decimos en parte, porque efectivamente la Ley 21.013 del 2016 si bien viene a sancionar el maltrato infantil, no tiene las características de ser una ley integral, sino que solo realiza modificaciones al Código Penal y a la Ley de Violencia Intrafamiliar.

17 Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, *Recopilación de recomendaciones del Comité de Derechos del Niño a informes nacionales de estados de la región*, 2016, p. 79

18 *Ibíd.*, pp. 77-79.

19 En virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

o prohibirles jugar”,²⁰ constituyen tratos degradantes tipificados en el artículo 430 ter del Código Penal y, también “castigos que involucran maltrato físico y que intentan justificarse como ‘contención’ de NNA que se encuentran alterados o descompensados emocionalmente: ‘los tiraban al piso, les doblaban el brazo’, o ‘una tía mete la cabeza de un niño de 6 años en un horno caliente hasta que se sofoque’”.²¹ Todo lo anterior constituye maltrato relevante tipificado en el artículo 403 bis del Código Penal. Por eso mismo los funcionarios colaboradores de SENAME deben considerar estos nuevos delitos a la hora de utilizar la circular 2308, la cual permite informar procedimientos que se deben utilizar ante hechos eventualmente constitutivos de delitos o maltrato físico psicológico en contra de niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado o atendidos por instituciones coadyuvantes o colaboradores acreditados por el SENAME.

La Ley 21.013 que viene a establecer modificaciones a nuestro ordenamiento penal cumplirá, en parte, con las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño de 2015, estableciendo nuevos delitos relacionados con el castigo corporal y tratos degradantes en contra de los NNA en todos los entornos. Es necesario que se dé cumplimiento a lo estipulado en esta ley, es decir, que se sancionen efectivamente aquellas conductas que constituyen maltrato relevante y tratos degradantes y que se formulen estrategias para asegurar la prevención e intervención en caso de violencia contra los niños, niñas y adolescentes, para así cumplir con la recomendación efectuada por el Comité de Derechos del Niño en el Informe de 2015, ya que no solo basta con sancionar.

3. REFORMA INTEGRAL AL SISTEMA DE ADOPCIÓN

La Adopción en Chile carece de un tratamiento integral en donde el foco esté efectivamente en los niños y niñas. La inentendible burocracia en los procedimientos ha invisibilizado el interés superior de niños y niñas. La respuesta ante esta situación es mucho más que una Ley: se requieren acciones de todas las instituciones que participan del proceso (Tribunales, Registro Civil, SENAME, etc.), ya que la solución no es solo normativa sino también institucional.

El proyecto de ley que reforma de manera integral el sistema de adopción ingresó al Congreso en octubre de 2013. La actual legislación supone una tramitación dilatada en el tiempo, perjudicando a niñas,

20 Comité de Derechos del Niño, *Informe de la investigación*, op. cit., p. 13.

21 *Ibid.*

niños y adolescentes que deben permanecer institucionalizados mientras se resuelve su situación. La adopción en Chile es burocrática, mermando de esa manera la oportunidad del niño de vivir con una familia, sufriendo retrasos por la dificultad que existe para acreditar las causales de susceptibilidad de adopción y por el tiempo de postulación de las familias idóneas que se incorporan en el Registro de Postulantes.²²

El PDL pretende establecer un nuevo enfoque en materias de adopción, que permitirá “orientar a los distintos actores sociales en la toma de decisiones que puedan afectar a los niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados en sus derechos, luego de agotar todas las posibilidades de inserción en su propia familia”.²³ Se establece la subsidiariedad de la adopción, se otorga agilidad en sus procedimientos con la incorporación de mecanismos más eficientes y plazos más acotados para dar respuesta con mayor celeridad.

Para agilizar el proceso de la adopción se propone un catálogo amplio y detallado de causales de adopción, se propone iniciar de inmediato el proceso de adoptabilidad cuando exista una causal, acotándose la búsqueda de parientes a los más cercanos y estableciendo normas que permitan garantizar y agilizar su notificación, se incorpora la oposición fundada y se crea la figura de la reapertura de la declaración de adoptabilidad.

Respecto a este proyecto han surgido opiniones en cuanto a acelerar los procesos de declaración de susceptibilidad, dado que hay quienes sostienen que el proyecto no cumple su objetivo de protección al no priorizar a la familia de origen. Tanto la jueza Mónica Jeldres como el psicólogo Matías Marchant sostienen que “Dicha propuesta, en nuestra opinión, agrava la situación de los niños que el sistema busca proteger, y también daña el derecho que tienen las familias de origen para poder llevar a cabo un proceso de reparación y revinculación familiar”,²⁴ ya que consideran que “se ha creado un escenario irreal: que existen niños abandonados y que hay cientos de familias deseosas de acogerlos que ven frustrados sus deseos por la ineficacia del Estado”.²⁵ Ambos profesionales sostienen que en realidad es marginal la cifra de niños y niñas que ingresan al SENAME por abandono, ya que la causal con mayor frecuencia es la negligencia parental, la cual “a pesar de que las personas comunes asocian ese término con violencia y abuso dentro de la familia, el rótulo esencialmente enmascara la pobreza, exclusión e injusticia de la que son víctimas las familias más vulnerables”.²⁶ En

22 Presidente de la República, *Mensaje Presidencial, con el que indica un proyecto de ley de Reforma Integral al sistema de adopción en Chile*, 2 de octubre de 2013.

23 *Ibíd.*, p. 4.

24 Ciper Chile.cl: “Ley de Adopción: un proyecto que facilita quitarle los hijos a las familias marginadas”, 28 de junio de 2018.

25 *Id.*

26 *Id.*

síntesis, ellos plantean que este proyecto en realidad “aumentará la probabilidad de que los más pobres sean privados de sus hijos, sin tener oportunidad real de fortalecer su habilidad de cuidar y proteger”.²⁷

En este contexto, afirman: “Lo que queremos remarcar es que la negligencia parental es, en muchos casos, el final de un proceso en el que las familias se enfrentan a un sistema que las expulsa, las desarraiga y les arrebató todo. En ese proceso, se observa la total ausencia del Estado en su rol de protección y deber de fortalecimiento de las redes comunitarias. Muchas familias, por ejemplo, no saben cómo reaccionar cuando sus hijos se acercan al consumo de drogas, o cuando presentan conductas desafiantes hacia sus padres, desertan de la escuela, se relacionan con personas de un entorno social conflictivo, etc.”²⁸

Lo dicho por Mónica Jeldres y Matías Marchant es preocupante y consistente con lo señalado en algunos estudios sobre el tema, que han sostenido que “al analizar la situación socioeconómica registrada en SENAINFO de acuerdo a CASEN vigente, se obtiene que el 66,5% de los usuarios y sus familias viven en situación de pobreza, siendo más agudo el problema en el caso de las residencias y familias de acogida (77% y 71,4% respectivamente). Junto con esto, se aprecia una baja escolaridad de la figura principal de cuidado (madre), quien suele no haber finalizado la educación media (69,5%), dedicada mayoritariamente a los quehaceres de su hogar, con escaso acceso al trabajo remunerado dependiente (26%). Concordantemente con lo anterior, directivos y profesionales de los centros señalan que las condiciones en las cuales se desenvuelven las familias estudiadas se caracterizan por residir en barrios pobres, inseguros y con alta presencia de violencia, con una oferta de servicios deficientes, establecimientos educacionales de baja calidad y viviendas precarias”.²⁹ Respecto de lo dicho por Jeldres y Marchant hay que hacerse cargo, ya que en ningún caso se debiera avalar como castigo la pérdida de sus hijos por la pobreza en la cual las familias se encuentran inmersas.

El Acuerdo Nacional por la Infancia planteó 94 propuestas con foco en protección y el desarrollo de niños y niñas, estableciendo en primer lugar la promoción y desarrollo integral de todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en territorio nacional, el fortalecimiento y apoyo a las familias y la necesidad de relevar el rol de la comunidad. Dichas propuestas van en la línea de poner el foco en la familia. “Todos los niños, niñas y adolescentes deben ser reconocidos

27 Id.

28 Id.

29 Instituto de Investigaciones de Ciencias Sociales UDP, Fundación San Carlos de Maipo y SENAME, *Informe Final. Estudio de caracterización del vínculo familia-niñas, niños y adolescentes y de las intervenciones de fortalecimiento familiar*, 27 de enero de 2015, p. 133.

como personas integrales que provienen de una familia y pertenecen a ella. Esta familia puede tener características diferentes. Es fundamental procurar que todo niño y niña viva y se desarrolle en el seno de una familia, en donde sea efectivamente querido, protegido y respetado. En razón de lo anterior, se proponen los siguientes acuerdos:

- Se fortalecerán programas de habilidades parentales que acompañen y entreguen herramientas para el mejor ejercicio de la parentalidad, dirigidos a padres, madres y cuidadores de los niños. Para esto se construirá una Ruta de acompañamiento a la parentalidad positiva y crianza respetuosa, a partir de: (1) incrementar la cobertura del taller “Nadie es Perfecto” del sistema Chile Crece Contigo y (2) Crear una oferta complementaria para que las familias de mayor complejidad, que actualmente son excluidas de dicho programa, puedan acceder.
- El Ministerio de Desarrollo Social será el responsable de desarrollar las políticas sociales para fortalecer a las familias y, simultáneamente, brindar un nuevo trato a los niños, niñas y adultos mayores.
- Fortalecer las intervenciones comunitarias que permitan promover el desarrollo integral de todos los niños, niñas y adolescentes, especialmente en barrios vulnerables, relevando el rol de la comunidad como un factor protector.”³⁰

Durante el primer semestre la discusión se ha centrado en la adopción homoparental, cuestión que si bien es necesaria debatir a nivel nacional –por la discriminación que sufren algunas personas para adoptar– creemos que centrar el debate solo en este aspecto ha perjudicado otros temas que afectan directamente a NNA, los cuales debiesen privilegiarse, ya que el foco debe estar en los niños, no en los adultos. La discusión debiera enfocarse en el interés superior de los niños susceptibles de ser adoptados, lo que implica centrarse en materias tan sensibles como: el despeje o búsqueda de familiares que puedan asumir el cuidado personal de los niños; la reflexión sobre cómo ponderar en el caso concreto el vínculo con la familia de origen y la posibilidad de ser adoptado desde el interés superior de ese niño; la evaluación y supervisión del sistema de las familias de acogida ya que muchos niños establecen vínculos significativos y luego de ser adoptados pierden contacto con las únicas personas que en su momento reconocieron como relevantes en sus vidas; la falta de importancia en los vínculos afectivos creados por los niños que son susceptibles de ser adoptados; el poco acompañamiento que existe tanto para las familias de origen, como para las familias de acogida y las familias adoptantes. Es preciso entender que el proceso de adopción

30 Gobierno de Chile, *Acuerdo Nacional Por la Infancia*, mayo de 2018, p. 4.

no termina con la sentencia que declara la adopción,³¹ sino que es mucho más global de lo que se piensa y tiene que ver con los problemas de registro que impiden el real acceso a derechos como el acceso a la salud, a la educación y específicamente, en el tema de adopción, el derecho a vivir en familia, ya que hay niños que están institucionalizados pese a haber sido declarados susceptibles de adopción, abandonados e invisibles en el sistema, perpetuando su estadía en residencias.

Es necesario examinar temas de debido proceso y procedimentales como la revisión de los plazos; la articulación entre los organismos del sistema, cuestión esencial a la hora de emitir informes, los tiempos intermedios entre las fechas de audiencia, suspensiones sucesivas por falta de notificaciones que hace que el proceso de adopción se alargue de sobremañera, por lo que fácilmente se puede decir que el sistema funciona sin una debida coordinación interinstitucional, sino que en forma desarticulada.³²

Ya que las falencias en el proceso de adopción y la ley son muchísimas, creemos que la reforma integral del sistema adopción no es el espacio adecuado para debatir sobre la adopción homoparental, y este debiera trasladarse a la discusión de una reforma a la Ley de Matrimonio Civil, que permita que parejas homosexuales puedan contraer matrimonio y por consiguiente tengan la opción de adoptar.

Por lo anterior, es posible señalar que la reforma al Sistema Integral de Adopción no es tal. Es importante recalcar que si lo que busca este proyecto, como su nombre lo dice, es reformar integralmente el sistema de adopción, no debe solo enfocarse en el procedimiento judicial de la adopción, sino entender que la adopción viene desde la familia de origen a las familias adoptantes, pasando por las familias de acogida y, sobre todo, los vínculos que genera el NNA que está en esta situación.

Finalmente la adopción debe ser entendida desde una mirada integral, para lo cual una vez más queda en evidencia la necesidad de un sistema de garantías que refuerce el catálogo de derechos existentes o, en su defecto, una discusión parlamentaria que integre todas las leyes.

4. EVITANDO LA REVICTIMIZACIÓN

Entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales.

Era indiscutible que el proceso penal chileno producía victimización secundaria, lo cual implicaba una vulneración directa al derecho a la integridad psicológica, al derecho a la salud, al derecho a la intimidad y al derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y al

31 Entrevista a Amanda Lacalle, Directora Ejecutiva de Fundación Apoyo Adopción.

32 Id.

interés superior del niño. Esta ley estableció normas especiales que regulan la participación de NNA en el proceso penal, limitando el número de veces que un menor de edad víctima pueda ser entrevistado en el marco de la investigación penal, con el objeto de que sus derechos fundamentales no se vean vulnerados.

Se publica el 20 de enero del 2018 la Ley 21.057 que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. Dicha ley viene a hacerse cargo, en cierta manera, de la victimización secundaria que sufren las víctimas de delitos sexuales menores de edad. Se consideraba que los menores de edad eran victimizados secundariamente por las repetidas tomas de declaraciones que los obligaban a hacer en inadecuadas instalaciones, reviviendo una y otra vez la experiencia traumática, impidiéndoles superar aquella experiencia, por los múltiples peritajes que se le hacían a los NNA para comprobar el delito de manera física, por la duda de la veracidad del testimonio entregado por los menores de edad, por la falta de información que existía y por la hostilidad de algunos funcionarios implicados en el proceso. Es tanto el daño psicológico que producen estas prácticas, que incluso puede ser más perturbador que la experiencia originaria del abuso.

Derechamente esta ley vino a establecer, a grandes rasgos las siguientes modificaciones:

- Se regula el proceso de denuncia de este tipo de delitos con el objetivo de otorgar eficiencia y preferencia a esta clase de casos y se esgrimen pautas en relación a la praxis cuando se reciben denuncias de estas características.
- Se regulan las declaraciones de los NNA en el contexto de estos delitos, donde se distinguen dos etapas. En una primera etapa investigativa se crea la entrevista videograbada, la cual en base a la integridad física y psicológica de los menores de edad denunciadores se regulan cuestiones como el ambiente adecuado, el personal permitido, el momento de la entrevista, etc. En una segunda etapa en juicio se regula la mediatización de la declaración del menor de edad, donde se prescribe que se haga en una sala amigable, independiente de la principal, y a través de un entrevistador a quien el juez debe comunicar las preguntas para que este las realice al menor de edad.
- Se regulan nuevas medidas de protección que se pueden decretar a favor de NNA en el marco del proceso penal, en atención a resguardar la identidad o la integridad física y psíquica de los NNA que hagan presumir un peligro para la víctima, con la característica que puede decretarse aún antes de la formalización.

- Se regula también la formación, características, estructuración y acreditación de aquellos entrevistadores que se encuentran capacitados para intervenir como tales.

La Ley 21.057 es una de las medidas efectivas que ha tomado el Estado de Chile para proteger a los NNA, cumpliendo de esa manera con lo establecido en el artículo 19 de la CIDN, haciendo una ponderación entre los principios del debido proceso y el interés superior del niño como consideración primordial en todos los aspectos que afecten a los NNA. Esta ley está en consonancia con lo establecido por la Corte IDH, la cual ha determinado que “la obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar lo siguiente: ... ii) asegurar especialmente en el caso en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”.³³

El Estado de Chile efectuó una ponderación entre el debido proceso y el interés superior de los NNA víctimas de delitos sexuales, privilegiando este último, estableciendo medidas especiales a la hora de tomar la declaración de menores de edad, cumpliendo de esa manera el artículo 19 de la CIDN y con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Rosendo Cantú y otra versus México*.

Es esencial garantizar el cumplimiento de la Ley 21.057 para que efectivamente se tomen todas las medidas especiales establecidas en dicha ley a la hora de enfrentar una denuncia por parte de un NNA de algún delito sexual y que, efectivamente, se realicen las capacitaciones de formación y acreditación de las personas que intervendrán como entrevistadores.

5. IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

La recién aprobada Ley de Identidad de Género, provocó una amplia discusión respecto a la incorporación de los menores de edad. Finalmente se dio lugar a que menores de 18 y mayores de 14 años pudiesen acceder al cambio de nombre registral, quedando fuera los menores de 14 años.

33 Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: niños, niñas y adolescentes*, 2017, p. 10.

Con fecha 12 de septiembre del presente año se aprobó el proyecto de ley sobre Identidad de Género, finalizando así una tramitación de más de 5 años. Esta ley reconoce y protege el derecho a la identidad de género y regula el procedimiento de cambio de nombre y sexo registral. El propósito fue poner fin a situaciones de discriminación y exclusión de aquellas personas que se encontraban en una situación de incongruencia entre el sexo asignado registralmente, el nombre, la apariencia y la identificación personal. Hoy será posible contar con un procedimiento uniforme y desjudicializado, que no vulnere la dignidad de las personas.

Respecto a la tramitación de esta ley podemos señalar que uno de los aspectos que más controversia suscitó es el cambio de nombre y sexo registral de los menores de edad. La pugna se produjo entre sectores parlamentarios que representan la opción de incluirlos y sectores que se negaron rotundamente a esta posibilidad.

La inclusión de los menores de edad en el proyecto de ley

El proyecto de Ley de Identidad de Género (en adelante LIG) fue ingresado por moción y en un inicio establecía la posibilidad de toda persona a solicitar el cambio de nombre y sexo registral, pero haciendo completa omisión de los menores de edad. Fueron múltiples las discusiones, informes, boletines de indicaciones, donde en algunos se contemplaban los menores de edad, y luego estos se eliminaban del proyecto o bien se establecía la posibilidad, pero solo para menores de 18 y mayores de 14.

Desde el derecho internacional podemos decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) establece que los niños, niñas y adolescentes tienen los mismos derechos que los adultos y la Corte ha entendido que “la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.”³⁴

La Corte IDH considera que el derecho a la identidad “se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículo 7 y 11 de la Convención Americana)”.³⁵ Así como la dignidad es

34 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-24/17, Solicitada por la República de Costa Rica, identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 de Noviembre de 2017, párr. 150.

35 *Ibid*, párr. 90.

un principio fundamental a la hora de analizar la situación de NNA transgénero y la legislación que debiese regularla, el derecho a la vida privada, a la autonomía personal, a ser oído y a la identidad son derechos consustanciales a dicha dignidad.

Respecto al derecho a la vida privada la Corte IDH ha sostenido que “abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior... Asimismo, la vida privada comprende la forma en que la persona se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, siendo esto una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”.³⁶

En cuanto al principio de la autonomía de la persona, la Corte IDH ha establecido que “un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención. De esa forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses”,³⁷ de esta manera la “identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad”.³⁸ En el caso de NNA la propia Convención Internacional de Derechos del Niño señala en su artículo 5 el concepto de autonomía progresiva en la cual establece el ejercicio de los derechos en conformidad a la evolución de sus facultades.

La Corte IDH entiende el derecho a la identidad, establecido en el artículo 8 de la CIDN como la “posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias

36 *Ibid.*, párr. 87.

37 *Ibid.*, párr. 88.

38 *Ibid.*, párr. 104.

que le da sentido a su existencia”.³⁹ La Corte entiende que las cuestiones relacionadas con el derecho a la identidad de género que se reconocen para las personas mayores de edad “deben ser aplicables también a los niños, y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y registros su identidad de género auto-percibida”,⁴⁰ sin hacer distinción respecto a la edad de los niños y niñas, pero sí reconociendo la condición de menores de edad y por lo mismo sostiene que “este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la CIDN, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Por último, resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada”.⁴¹

En este mismo sentido, el Comité de Derechos del Niño (en adelante el Comité) estableció que “todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente”.⁴² También el Comité da cuenta de lo que sufren los adolescentes transgéneros, quienes “son objeto de persecución, lo que incluye maltrato y violencia, estigmatización, discriminación, intimidación, exclusión de la enseñanza y la formación, así como falta de apoyo familiar y social, y de acceso a la información y los servicios sobre salud sexual y reproductiva. En casos extremos, se ven expuestos a agresiones sexuales, violaciones e incluso la muerte. Estas experiencias han sido asociadas a la baja autoestima, el aumento de las tasas de depresión, el suicidio y la falta de hogar”.⁴³ En este mismo sentido, la encuesta de clima escolar del 2016 realizada por la fundación “Todo Mejora” entrega datos preocupantes, estableciendo que el 29,7% de los jóvenes LGBTI se siente inseguro en la escuela debido a la forma en que expresaba su género,⁴⁴

39 *Ibíd.*, párr. 153.

40 *Ibíd.*, párr. 154.

41 *Id.*

42 Comité de Derecho del Niño, *Observación General N° 20 sobre la efectividad de los derechos de los niños en la adolescencia*, 6 de diciembre de 2016, párr. 34.

43 *Ibíd.*, párr. 33.

44 Fundación Todo Mejora, *Encuesta Nacional de Clima Escolar en Chile 2016, Experiencias de niños, niñas y adolescentes lesbianas, gay, bisexuales y trans en establecimientos educacionales*, Agosto de 2016, p. 25.

y el 66,3% de los estudiantes LGBTI afirma escuchar comentarios negativos sobre ellos, a lo que se suma el gran porcentaje de estudiantes LGBTI que sufren ataques verbales, físicos y hasta sexuales.

No es posible desconocer que el no reconocimiento social y legal es vulneratorio y afecta derechos fundamentales al no permitirles a NNA el cambio de nombre y sexo registral, cuestión que sería posible de revertir una vez cumplida la mayoría de edad y no conlleva bajo ninguna circunstancia la práctica de cirugías ni de tratamientos hormonales, ya que solo se trataría de un cambio de nombre y sexo registral. El Comité de Derechos del Niño establece una definición de enfoque basada en los derechos del niño, señalando que “Es necesario adoptar un nuevo paradigma y alejarse de los enfoques de la protección del niño que perciben y tratan a los niños como ‘objetos’ que necesitan asistencia y no como personas titulares de derechos, entre ellos el derecho inalienable a la protección.”⁴⁵ El Comité sostiene que “lo que a juicio de un adulto es el interés superior de niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”,⁴⁶ sobre todo considerando que se ha afirmado que el interés superior del niño es “la plena satisfacción de sus derechos”.⁴⁷ En la misma Observación General, el Comité al tratar el artículo 6 de la CIDN (vida, supervivencia y desarrollo) señala que “espera que los Estados interpreten el término ‘desarrollo’ en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños.”⁴⁸ Por lo que, si la LIG excluía a los menores de edad, el Estado de Chile no habría respetado el derecho al desarrollo de los menores de edad que son transgéneros, impidiéndoles una evolución personal óptima de acuerdo a su propia identidad.

Por su parte, la Corte Suprema fue consultada durante el proceso de tramitación del PDL y señaló en su oficio del 23 de noviembre del 2015, que consideraba que los NNA que solicitaban rectificación de nombre y/o sexo registral podrían “constituir un grupo especialmente susceptible de sufrir privaciones, limitaciones o amenazas de sus derechos humanos”.⁴⁹ Así, la Corte demostró su acuerdo en incluir a los

45 Comité de Derechos del Niño, *Observación General N° 13 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, 18 de abril de 2012, párr. 59.

46 *Ibid.*, párr. 61.

47 Miguel Cillero Bruñol, “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, 1, 1999, p. 55.

48 Comité de Derechos del Niño, *Observación General N° 13 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, 18 de abril de 2012, párr. 62.

49 *Id.*

menores de edad en el PDL, pero tomando medidas especiales,⁵⁰ entre las cuales estaba establecer un procedimiento diferenciado, en este caso a través de los Tribunales de Familia, y un debido proceso con particular acento en el derecho a ser oído, que se considere la opinión del NNA en virtud de su autonomía, que se le asegure al NNA su derecho a una nueva rectificación cuando llegue a la mayoría de edad, y a que se le respete su interés superior.

Cabe hacer mención que la Corte Suprema, en un oficio del 22 de enero de 2018, se pronunció respecto a la necesidad de distinguir entre niños y niñas, que serían a) los menores de 14 años y b) los mayores de 14 pero menores de 18 años, es decir adolescentes. La Corte consideró que los y las adolescentes debían poder presentar su solicitud de cambio de nombre y sexo registral personalmente y no a través de sus padres o representantes legales, justificando aquello en el principio de autonomía progresiva reconocida en la CIDN (artículo 5), en el interés superior del niño y el derecho a ser oído. La Corte sostuvo que es una responsabilidad del Estado y de las familias permitirle a los NNA el ejercicio progresivo de sus derechos, a quienes hay que apoyar y proteger, pero “de una manera que alcancen, gradualmente, la autonomía en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades”.⁵¹ Esta distinción entre niños y niñas y adolescentes la Corte la ve también desde el punto de vista de la coherencia con el sistema jurídico general, estableciendo “... que, si por una parte se ha establecido un estatuto de responsabilidad penal adolescente que adelanta la responsabilidad a aquellos que tengan más de 14 y menos de 18 años de edad, no se ve la razón para limitar el ejercicio autónomo de derechos... en ese mismo rango etario, teniendo especialmente presente que dice relación con un aspecto de definición de la propia identidad”.⁵²

Por consiguiente, la Corte Suprema en ambos oficios fundamentó su posición a favor de la incorporación de niños, niñas y adolescentes al

50 La Corte Suprema, en su Oficio N° 129-2015 del 23 de Noviembre 2015 toma en consideración, para establecer que se necesitan medidas especiales para darle efectividad a los derechos de los NNA, lo establecido por el Comité de Derechos del Niño a propósito de la obligación de no discriminación contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual sostiene que “la obligación de no discriminación exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales (...) Hay que poner de relieve que la aplicación del principio de no discriminación de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico. En una Observación general del Comité de Derechos Humanos se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación” (CRC, “observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño” (27 de Noviembre de 2003), Doc ONU CRG/GC/2003/5, párrafo 12). Corte Suprema de Chile, Oficio N° 129-2015, 23 de Noviembre de 2015, p. 11.

51 Corte Suprema de Chile, Oficio N° 13-2018, 22 de enero de 2018, p. 9.

52 Id.

proyecto de ley, considerando en el segundo oficio que es fundamental, en virtud de la autonomía progresiva, establecer dos procedimientos distintos, uno para los niños y niñas (menores de 14 años) y otro para los adolescentes (entre 14 y 18 años).

Finalmente, la aprobada Ley de Identidad de Género autoriza a los menores de 18 años y mayores de 14 a solicitar, ante el Tribunal de Familia la rectificación del sexo y nombre de su partida de nacimiento para que sea coincidente con su identidad de género, pudiendo, una vez que alcancen la mayoría de edad, requerir una nueva rectificación en conformidad a los procedimientos que correspondan. Dicha solicitud de rectificación deberá ser presentada por su representante legal, pudiendo la falta de este último ser suplida por la intervención del juez.

Los menores de 14 años quedaron fuera de esta ley, es decir, sin posibilidad de solicitar cambio de nombre registral. Con esta determinación, el Estado de Chile estaría vulnerando los derechos de niños y niñas transgéneros al no haber aprobado su inclusión en la LIG. En la normativa internacional y según las opiniones del Comité expuesta anteriormente, es posible afirmar que al excluirllos de esta ley se les negó a los niños el derecho a la identidad, al desarrollo, a la no discriminación, el derecho a ser oídos, como sujetos de derecho, a la vida privada y a la autonomía.

6. DERECHO AL TIEMPO. PROYECTO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS SEXUALES COMETIDOS CONTRA MENORES DE EDAD

Durante este año surgió con mucha fuerza la discusión sobre la excepcionalidad que tendrían los delitos sexuales respecto de la prescripción, toda vez que tratándose de niños niñas y adolescentes víctimas, estos no podrían denunciar por diversas razones quedando sus victimarios en completa impunidad. Este proyecto da respuesta a estos casos a través de la imprescriptibilidad de estos delitos.

El tema de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores de edad volvió a estar en discusión a propósito de hechos de connotación pública sobre violaciones con resultado de muerte de dos niñas que han conmocionado al país en el último tiempo, como fue el caso de Ámbar, una lactante de 1 año y 8 meses que en abril del 2018 murió producto de una violación y golpiza por la pareja de su tía y también, el caso de la menor de un año y 11 meses, la cual llegó fallecida, en enero del 2017, al CESFAM de Puerto Montt con signos de abuso sexual.⁵³ A

53 El Mostrador.cl: "Piñera se sube al carro del debate público y anuncia imprescriptibilidad total en delitos sexuales", 3 de mayo de 2018.

esto se le suma el destape que ha habido de los abusos sexuales y violaciones que han cometido integrantes de la iglesia Católica durante años contra menores de edad que han conmocionado a la sociedad por las características de los delitos, por el encubrimiento de estos y por la impunidad, dada la regla de prescripción que existe actualmente en Chile, que no se hace cargo de las características de los delitos sexuales, sobre todo de los cometidos durante la infancia y adolescencia de la víctima. Todos estos hechos han conmocionado al país y han reestablecido la discusión sobre la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos en contra de los menores de edad. Dicha discusión viene desde 2005 a propósito del caso Spiniak,⁵⁴ presentándose un proyecto de ley en 2010 por un grupo de parlamentarios, a propósito del caso Karadima.⁵⁵

Este proyecto de ley, si bien se reactiva producto de hechos puntuales de impacto público, no responde a la gravedad del delito (de ser así el homicidio debiese estar en la discusión de imprescriptibilidad), sino que se hace cargo de las consecuencias de ser víctima de un delito sexual siendo menor de edad, etapa de la existencia en que existe un altísimo poder de victimización psicológica, cuestión que podría decirse no se da en ningún otro delito, ya que la “comisión de delitos sexuales genera en la víctimas menores de edad diversos problemas, no sólo de carácter emocional, sino que a veces también cognitivos, conductuales y de convivencia social. Esto lleva a un gran número de ellas a ocultar el hecho, tanto a su círculo cercano como a las autoridades, a veces por siempre y otras hasta que han transcurrido varios años desde la comisión del ilícito, momento en el que se sienten en condiciones de poder denunciarlo y afrontarlo. Este temor que lleva a las víctimas menores de edad a esconder el padecimiento de una vejación de carácter sexual, se ve acentuado cuando aquellas mantienen con el agresor un vínculo de dependencia o de otra naturaleza.”⁵⁶ Y no solo se trata de ocultar el hecho de manera deliberada, sino que en muchas situaciones, por lo traumático del suceso, de afrontar un abuso sexual o violación a una edad tan temprana, se termina bloqueando esa circunstancia vital, produciéndose la develación interna de este muchos años después. A ello se suman los años necesarios para que la persona se atreva a denunciarlo. Ponerle plazo a esa posibilidad es en realidad desconocer las consecuencias que producen en el menor de edad los delitos sexuales, sobre todo en casos donde el agresor es conocido o familiar de la víctima, donde la relación de poder con el victimario se mantiene en el tiempo, incluso después de los 18 años.

54 Caso de alta connotación pública sobre abuso contra menores de edad.

55 Caso de alta connotación pública sobre abuso contra menores de edad por un miembro de la Iglesia Católica.

56 Presidente de la República, *Indicación sustitutiva al proyecto que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores*, 3 de mayo de 2018, p. 2.

En Chile, según cifras entregadas por la Subsecretaría de Prevención del Delito,⁵⁷ de 8.605 víctimas de delitos sexuales registradas durante 2017, el 59,3% corresponde a menores de edad. Respecto del delito de violación se observa que las niñas son víctimas de violación con mucha mayor frecuencia que los varones, evidenciándose una diferencia por género significativa: del total de víctimas menores de edad (853) el 85,1% fueron niñas y adolescentes. Dicho de otro modo, por cada niño o adolescente hombre violado, son atacadas prácticamente 6 niñas o adolescentes mujeres (lo que se expresa en una relación de 1 a 5,7). En los abusos sexuales, nuevamente las niñas y adolescentes constituyen el grupo más vulnerable. En efecto, de 4.251 víctimas de abuso sexual a menores de edad, el 84,8% son niñas y adolescentes. Por lo anterior, es necesario contar con una política con perspectiva de género para hacer frente a este problema que aqueja a NNA, pero por sobre todo, a niñas y adolescentes.

Muchos son los argumentos para defender la imprescriptibilidad, uno de ellos es la devaluación tardía que tienen las víctimas de delitos sexuales, sobre todo cuando son menores de edad, y otro es el bien jurídico protegido, que se ha entendido que es la indemnidad sexual o la libertad sexual, pero no podemos dejar de hacer mención a la dignidad humana, ya que “debe entenderse que los bienes jurídicos en juego en esta clase de delitos están constituidos por violaciones a la dignidad, la intimidad, la libertad sexual, y en el ámbito de las niñas, también el desarrollo psíquico y físico de su personalidad”,⁵⁸ en especial teniendo en consideración que “el abuso sexual implica un ejercicio abusivo del poder. En el caso de niños, niñas y adolescentes, la edad determina una condición de indefensión física y psicológica, siendo ésta última mayor cuando existe un vínculo afectivo con el/la agresor/a, particularmente cuando esta persona es la encargada de su cuidado. Un adulto está siempre en una posición de poder o superioridad en la relación con un niño, niña o adolescente, por su tamaño, fuerza física, experiencia, recursos económicos y cognitivos, entre otros; el abusador sexual utiliza este poder para involucrar a la víctima en actividades sexuales, privándole de la oportunidad de experimentar voluntariamente, en un contexto afectivo y sin violencia, y a su propio ritmo evolutivo”.⁵⁹ Así, debe considerarse el entorno en el cual se cometen con mayor frecuencia estos delitos. Según el Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas

57 Subsecretaría de Prevención del Delito, *Estadísticas delictuales según sexo y edad de la víctima*, 2017. Visto en: <http://cead.spd.gov.cl/estadisticas-delictuales/>

58 OEA, *Informe hemisférico sobre violencia sexual y embarazo infantil en los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará*, 2006, p. 37.

59 UNICEF y Ministerio de Salud Gobierno de Chile, *Guía Clínica Atención de niños, niñas y adolescentes menores de 15 años víctimas de abuso sexual*, mayo de 2011, p. 12.

realizado por Paulo Sérgio Pinheiro⁶⁰ se establece que “en la mayoría de las sociedades, el abuso sexual de niñas y niños es más común dentro del hogar o es cometido por una persona conocida por la familia.”,⁶¹ y así lo demuestran las cifras de Chile, donde Carabineros sostiene que “más de la mitad de los abusos sexuales -62%- que se cometen contra niños, niñas y adolescentes a nivel de país, se producen al interior de los hogares”. Existe una relación de poder en esta clase de delitos: hay una violencia psicológica, aparte de sexual y física, que hace incluso más difícil la denuncia por parte de la víctima dadas las consecuencias que ello puede implicar, por el solo hecho de tener que relatar la situación inmersa en un ámbito, como el hogar, donde el victimario ejerce un control. Así, podemos decir que hay una estructura de poder dentro de la mayoría de estos delitos que impide denunciar, lo que lo hace comparable, en su justa medida por supuesto, con lo que se toma en consideración para declarar imprescriptibles los delitos de lesa humanidad, ya que existe un poder y control de hecho tal que favorece la impunidad. “En el caso del abuso sexual infantil, por su estructura y tipo de violencia simbólica que se ejerce contra la víctima, hay amparo de impunidad, que se da por la asimetría de los contextos en los que se comete en cerca del 95% de los casos. Esto crea una asimetría e impunidad al menos igual de grave que en los casos de violaciones a los derechos humanos. Contextos que debían ser protectores, garantes de derechos, como la familia, el colegio, la Iglesia, el grupo scout, son utilizados para abusar, vejar la dignidad de aquellos que están bajo esta protección hasta tal punto que logran romper la memoria, difuminar su sensación –y dignidad– de víctimas, para hacerlos parecer responsables, culpables, nulos”.⁶²

Con este PDL no sería la primera vez que se tomara en consideración la “modificación” de reglas de la prescripción en base a las características del delito, como lo que ocurre con el secuestro, al ser un delito permanente, donde como excepción “la prescripción comienza a correr sólo desde el término del estado antijurídico”,⁶³ al ser un delito que se mantiene en el tiempo, y en este caso se están considerando las características propias del delito, modificando la forma de entender la prescripción. Entonces no resulta del todo extraño que también se modifiquen las reglas de la prescripción para ciertos delitos que tienen características distintas, como lo son los delitos sexuales contra menores de edad.

60 Experto independiente para el Estudio del Secretario General de la Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños.

61 Paulo Sergio Pinheiro, *Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas*, 2010, p. 10

62 The Clinic.cl: “Columna de José Murillo: el abuso sexual a menores de edad, un delito que no debe prescribir”, 25 de octubre de 2015.

63 Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 584.

Este proyecto tiene por objeto adecuar el ordenamiento penal, a fin de dar cumplimiento al deber del Estado de generar vías tutelares eficaces que permitan a niños, niñas y adolescentes vulnerados ejercer sus derechos ante la jurisdicción penal, sin que el transcurso del tiempo favorezca la impunidad. De esta manera, con este PDL, Chile estaría cumpliendo con la recomendación que realizó el Comité de Derechos de Niño en el Informe de septiembre del 2015, donde recomendaba específicamente al Estado de Chile “Promulgar leyes para penalizar los delitos sexuales, incluida la explotación sexual contra los niños, y definirla como imprescriptible”,⁶⁴ y “Velar porque los casos de abuso sexual de menores, incluso por miembros del clero católico, sean investigados y procesados de manera efectiva”.⁶⁵ La única manera de hacerlos efectivos es, en realidad, considerando las circunstancias reales de los delitos de abuso sexual, donde la develación no está regida por un tiempo rígido. Es así como la oficial a cargo de UNICEF, Francisca Palma, valora la iniciativa, estableciendo que “La recomendación se basa en los efectos devastadores que este tipo de delitos tienen en la vida de los niños y niñas”⁶⁶ y que “es relevante contar con mecanismos que sean capaces de entregar justicia efectiva a las víctimas de este tipo de delitos”.⁶⁷ En la misma línea, la Subsecretaría del Delito establece que “la denuncia del hecho constitutivo del delito puede ser una herramienta útil para movilizar el proceso de búsqueda y para dar a la persona agredida un reconocimiento en su calidad de víctima, generando los medios para asegurar su protección”.⁶⁸

Sin embargo, también hay personas que se oponen a esta medida, generalmente teniendo como base la importancia de la seguridad jurídica, como es el caso del abogado penalista Juan Pablo Mañalich, el cual sostiene que le “parece problemático que para un ámbito delictivo particular se establezca un régimen absolutamente excepcional que sería de imprescriptibilidad, en circunstancias de que el derecho vigente para la generalidad de los otros delitos prevé plazos de prescripción acotados. Soy partidario que en una revisión más sistemática se fijen plazos de prescripción considerablemente más largos que los actuales, sin establecer excepciones”.⁶⁹ Si bien no podemos negar que se rompe con la seguridad jurídica, es necesario, por la calidad de la

64 Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, *Recopilación de recomendaciones del Comité de Derechos del Niño a informes nacionales de Estados de la región*, 2016, p. 33.

65 Id.

66 Unicef.cl: “Unicef valora decisión presidencial de decretar imprescriptibilidad total de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes”, 3 de mayo de 2018.

67 Id.

68 Subsecretaría del Delito, *Política Nacional de víctimas de delitos*, s/f, p.20.

69 El Mostrador.cl: “Delitos sexuales contra menores: ¿Delitos imprescriptibles? Sí”, 9 de junio de 2018.

víctima –menores de edad– hacer un trabajo de ponderación en base a un enfoque de la infancia. Con este proyecto de ley el Estado de Chile estaría cumpliendo el artículo 19 y 34 de la Convención de los Derechos del Niño.⁷⁰

Cabe señalar que ha existido una discusión sobre aplicar la regla de la imprescriptibilidad en delitos sexuales a NNA, independiente de si el agresor es o no mayor de edad. Al respecto creemos que no corresponde aplicar dicha regla a menores infractores que cometen delitos sexuales, como sostiene la Defensoría Penal Pública, entre otras razones, “la evidencia empírica justifica un tratamiento penal diferenciado, aunque parezca contraintuitivo, especialmente respecto de hechos que de ser cometidos por adultos merezcan ser tratados con la mayor severidad. Lo anterior implica que todos los aspectos que conforman la reacción punitiva deben ser menos severos y, entre esos aspectos, se encuentra las normas sobre prescripción. Recordemos que la prescripción también debe tener en cuenta que “la personalidad del autor puede cambiar con el tiempo, sobre todo en caso de adolescentes y jóvenes” y que “Para que la reacción penal respecto de hechos cometidos por adolescentes sea pertinente (y, por lo tanto, justa) debe ser oportuna, particularmente cercana al hecho cometido, lo que también entra en conflicto irremediablemente con la imprescriptibilidad que el proyecto de ley propone.”⁷¹ Creemos, además, que es esencial analizar esto desde el enfoque de derechos del niño de la infancia, teniendo una mirada integral al momento de ponderar todos los aspectos que afecten a los menores de edad. Así, por una parte, consideramos la calidad de la víctima para afirmar esta modificación de la prescripción y también, por otra, la calidad del imputado para afirmar la excepción a esta modificación, teniendo ambas calidades en común: ser menores de edad.

Respecto a este proyecto se ha discutido específicamente si es razonable que 16 delitos sexuales sean incorporados como imprescriptibles. Al respecto la Defensoría Penal Pública ha manifestado que algunos

70 “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal, o de cualquier otra persona que lo tenga a su cuidado”. (Artículo 19) “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multinacional que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”. (Artículo 34).

71 Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento, Senado, Informe *recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores*, Informe de la Defensoría Penal Pública, 28 de junio de 2018, p. 15.

de estos deben ser excluidos, así por ejemplo lo entiende respecto de los delitos de secuestro con violación, establecido en el artículo 141 del Código Penal, y del delito de comercialización, distribución y adquisición o almacenamiento malicioso de pornografía infantil, establecido en el artículo 374 bis. Las razones que da la Defensoría, respecto de secuestro con violación dicen relación con “que la víctima solo puede ser mayor de edad, mientras que para los casos en que la víctima sea menor de edad existe la figura de sustracción de menores calificada del art. 142 del Código Penal, la cual ya se encuentra incluida en el proyecto”.⁷² En cuanto al delito de comercialización, distribución y adquisición o almacenamiento malicioso de pornografía infantil sostiene que “se debe tener en consideración que quien comercializa distribuye, almacena o adquiere material pornográfico infantil no participa de su producción (delito del art. 366 quinquies ya incorporado al proyecto). En todo caso, declarar la imprescriptibilidad de la adquisición o almacenamiento de material pornográfico (inciso segundo del artículo mencionado) parece absolutamente desproporcionado respecto de las características de la conducta sancionada”.⁷³

Podemos finalmente señalar que el proyecto de imprescriptibilidad da cumplimiento al deber del Estado de generar vías tutelares efectivas que permitan a niños, niñas y adolescentes vulnerados ejercer sus derechos ante la jurisdicción penal, sin que se favorezca la impunidad por el transcurso del tiempo tomando en consideración las características de los delitos sexuales cuando se cometen contra menores de edad, de manera que el proyecto estaría cumpliendo con la recomendación realizada por el Comité de Derechos del Niño en su informe de septiembre del 2015. Por consiguiente, sería necesario contar con una política con perspectiva de género para hacer frente a la inmensa cantidad de niñas y adolescentes que son víctimas de delitos sexuales. Se debe hacer una excepción respecto de los NNA que cometen delitos sexuales, ya que en el mismo sentido que se hace una excepción a la prescripción por la calidad de la víctima, se debe también hacer una excepción por la calidad de imputado, ya que ambos son menores de edad, y solo de esa manera se tiene una mirada integral desde el enfoque de derechos del niño.

7. LA POSTERGADA DISCUSIÓN DE LA LEY MARCO

En los últimos años el tema infancia ha sido supuestamente una prioridad. En términos legislativos, se presentaron varios proyectos de ley, uno de los más relevantes fue el proyecto de la Ley de Garantías, una ley marco que

72 *Ibid.*, p. 16.

73 *Id.*

estableciera un sistema de garantías a través de principios, derechos, instituciones y medidas de exigibilidad, dando una respuesta integral a la protección de la infancia. Este proyecto de ley fue ingresado en Septiembre de 2015 y su último trámite en el Senado fue hace un año, es decir septiembre del 2017. Desde esa fecha hasta el cierre de este informe no ha existido avance, postergándose sin una justificación razonable.

Chile en la actualidad solo cuenta con un sistema de protección especial frente a vulneraciones graves de derechos, administrado –en la práctica– por el Poder Judicial, al cual se accede a través de una medida de protección decretada por el Tribunal de Familia competente.⁷⁴

El PDL sobre un sistema de garantías, ha pretendido avanzar en el espíritu de la CIDN, entregando protagonismo a la administración del Estado en la adopción y ejecución de las medidas de protección de derechos; reservando a los tribunales el establecimiento de la medida que signifique la separación del niño de su familia y entorno.⁷⁵ El sistema establecido en el proyecto se basa en una Política Nacional de la Niñez comprehensiva e integrada, destinada a asegurar el pleno desarrollo de todos los niños.

Si bien han existido innumerables iniciativas legislativas en torno a los derechos de niños, niñas y adolescentes, con reformas que han buscado contar con un sistema de protección legislativa, judicial y administrativa, los resultados han sido nulos ya que hay una imposibilidad de diseñar un sistema que dé respuestas desde los principios a la institucionalidad. Es así como el proyecto de la ley de garantías contaba con un primer y segundo título que daba cuenta de principios y derechos y, luego, un tercer y cuarto título que establecían un Sistema de protección administrativa y judicial y de institucionalidad respectivamente, sin presupuesto asignado. En la discusión parlamentaria ambos fueron eliminados del texto.

En la actualidad el proyecto se encuentra en el Senado y no ha tenido movimiento durante el último año. Las objeciones generales al proyecto versan sobre las dudas de cómo los derechos contemplados en esta ley marco se harán efectivos en el territorio, o sea, cómo se materializarán en la vida de los niños. Es así como la Senadora Von Baer planteó aprensiones sobre el texto señalando que “Cuando uno pregunta cómo los derechos contemplados en esta ley marco se harán efectivos en el territorio, o sea, cómo se materializarán en la vida de los niños de nuestro país, no obtiene respuesta. Este es un listado

74 Informe 2017, p. 227.

75 Presidenta de la República, *Mensaje Presidencial con el que inicia el proyecto de ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez*, 21 de septiembre de 2015, p. 9.

de derechos”.⁷⁶ El argumento contrario ha sido que no es necesario crear una sola institucionalidad ya que esto debe ser una ley marco que permee todas las instituciones: así por ejemplo la Senadora Goic señaló en su momento que “...Lo planteado en el texto me parece acertado, dado que no necesariamente es una sola institución la que se hace cargo de los niños, sino que la institucionalidad pública en vivienda, en educación, en justicia se estructura en función de la infancia. Esto forma parte de lo que contempla el texto que hoy día estamos discutiendo: cómo se consagran no solo los mecanismos de coordinación, sino también una política nacional de la niñez y su plan de acción”.⁷⁷

Es claro que para un diseño efectivo de una ley marco que contemple un sistema de garantía, se requiere que se consideren normas de protección y, asimismo, un enfoque de derechos que garantice y proteja de manera integral y efectiva el ejercicio de los derechos de los niños.

Mientras tanto, el país y los niños continúan a la espera de contar con una ley marco que contenga un sistema de garantías de los derechos de la niñez.

CONCLUSIONES

Es cuestionable la afirmación de que los niños, niñas y adolescentes están primero, ya que pese a las numerosas iniciativas legislativas, planes y políticas públicas dirigidas a ellos, hasta ahora, no es posible afirmar que se han mejorado o subsanado las vulneraciones en temas de infancia en Chile. Se requiere una regulación integral que entregue una verdadera respuesta. Si bien los temas de infancia han estado en los discursos políticos desde las buenas intenciones, en la práctica no ha existido una real priorización al momento de reestablecer sus derechos y construir políticas públicas que pongan a los niños primero. Esto no refleja una real voluntad política por dar una solución definitiva y, mientras se insiste con aumentar las subvenciones, la experiencia internacional señala que se requiere establecer estándares de funcionamiento de las residencias y programas que atienden a NNA que han sido vulnerados en sus derechos, todo bajo una fuerte supervisión del Estado.

76 Senado.cl, senadora Ena Von Baer, *Diario de Sesiones del Senado, Publicación Oficial, Legislatura 365ª*, Sesión 42ª, martes 5 de septiembre de 2017.

77 Senado.cl: senadora Goic, *Diario de Sesiones del Senado, Publicación Oficial, Legislatura 365ª*, Sesión 42ª, martes 5 de septiembre de 2017, p. 153.

En la actualidad habría aproximadamente 2.307 NNA en residencias de administración directa y 9.673 en centros residenciales,⁷⁸ respecto de los cuales el Estado debiese cubrir la totalidad de sus necesidades en conformidad a estándares fijados por la Convención Internacional de Derechos del Niño y los distintos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Cuestión que no sucede y como señaló el informe “El Estado es responsable por graves violaciones de los derechos enunciados en la CIDN considerando que el sistema de protección residencial en Chile ha resultado en una amplia vulneración de derechos de miles de niños, niñas y adolescentes bajo la tutela del Estado durante un largo período de tiempo”.⁷⁹

Respecto de adolescentes infractores, es esencial tener presente que provienen de contextos de vulneración, de pobreza multisistémica, por lo mismo es preciso hacerse cargo desde una mirada que considere su situación desde el enfoque de derechos de infancia y adolescencia y no privilegiar la óptica punitiva, a través del endurecimiento de penas y sistemas de privación de libertad donde los adolescentes infractores ven amenazados sus derechos fundamentales.

Finalmente, falta incluir la perspectiva de género en la reflexión y análisis de los derechos de la niñez. Son muchas las problemáticas que implican una distinción entre niños y niñas, y sin esa mirada no es posible elaborar normativas ni políticas públicas que entreguen soluciones adecuadas.

RECOMENDACIONES

1. El Estado, tras la serie de informes categóricos sobre la falta de estándares mínimos para los NNA en residencias, debiese definir esos estándares de funcionamiento en conformidad al derecho internacional, otorgando un presupuesto que permita la construcción de un sistema de residencias que cumpla con dichos estándares.
2. Se debiese contar con una ley marco que establezca un sistema integral de garantías para la infancia. No es posible avanzar adecuadamente en los distintos proyectos de ley en materia de infancia que hoy en día se están discutiendo sin antes contar con dicha ley marco.
3. Es esencial contar a la brevedad con un sistema de registro y monitoreo respecto de NNA vulnerados en sus derechos y –especialmente– de aquellos que viven en residencias. Con este

78 Anuario Estadístico SENAME2016, pág. 19. Visto en: <http://www.sename.cl>.

79 Comité de los Derechos del Niño, *Informe de la investigación*, op.cit.

sistema de información se podría garantizar de mejor manera el acceso efectivo a salud, educación, defensa y demás derechos propios de los niños. La información es imprescindible para elaborar los planes de intervención adecuados para cada niño, niña y adolescente del sistema.

4. El Estado debe introducir una perspectiva de género en su obligación de garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para abordar las brechas y los sesgos. De esta manera podrá entregar una mejor respuesta a una realidad diferenciada entre niños y niñas en el ejercicio de sus derechos y como víctimas de vulneraciones.

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS LGTBI EN CHILE: DESAFÍOS PENDIENTES¹

1 Capítulo redactado por María Belén Saavedra y Constanza Valdés, con la cooperación de las y los ayudantes alumnas de Derecho UDP, Valentina Paz Sánchez Berríos, María Santa Ahumada Yavar, Macarena Esperanza Espinoza Iturra, Dayanna Agüero González, Sebastián Sarguinet, Luz Leiva, Carla Castillo, Nathaly Obregón, Camila Ready, Camila Castro, Antonio Valenzuela y Valentina Ommidvar.

SÍNTESIS

El capítulo analiza la visibilidad que han tenido en este periodo las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) y los avances en la tramitación de los proyectos de ley de identidad de género, matrimonio igualitario, adopción y derechos de filiación. Asimismo, a raíz de la opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre identidad de género y derechos de las personas del mismo sexo, se realiza la comparación entre estas iniciativas locales y los estándares que declara la mencionada opinión. Finalmente, se emiten recomendaciones respecto a la situación de las personas LGBTI en Chile.

PALABRAS CLAVE: Proyecto de ley de identidad de género, matrimonio igualitario, derechos de filiación, opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adopción homoparental.

INTRODUCCIÓN

El 2017 fue un año agrí dulce para la comunidad LGBTI. Por un lado, la representación y visibilidad de miembros de la comunidad aumentó exponencialmente en los medios de comunicación, en casos positivos de destacar como el de la selección de fútbol femenina, la aparición de una pareja lésbica en la teleserie nacional “Perdona nuestros pecados” y el éxito internacional de “Una mujer fantástica”, que tiene como protagonista a una mujer trans. Sin embargo, por otro lado, nos encontramos con la situación de impunidad por el asesinato de Nicole Saavedra y la demora en la aprobación de un proyecto de ley de identidad de género con estándares en derechos humanos que mantienen a las personas LGBTI en calidad de ciudadanos de segunda clase. En lo que se refiere a avances legislativos, podemos señalar que luego de la firma del Acuerdo de Solución Amistosa con el MOVILH, la ex presidenta Michelle Bachelet presentó un proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para arribar al matrimonio igualitario y, con posterioridad, el presidente Sebastián Piñera presentó una modificación sustitutiva a un proyecto de ley que modifica la ley de adopción, el cual no permite a las parejas del mismo sexo acceder al proceso de adopción.

Las elecciones presidenciales de finales de 2017 también marcaron fuertemente la agenda nacional. Si bien la mayoría de los candidatos se pronunció a favor de la agenda de la diversidad, el debate se concentró en la demanda histórica de matrimonio igualitario, adopción y Ley de identidad de género, dejando de lado muchas otras vulneraciones de derechos humanos que la comunidad LGBTI sufre a diario, particularmente la violencia y la falta de acceso a la educación y la salud.

Dentro del proceso electoral se alzó la candidatura de José Antonio Kast, ex UDI, quien buscaba alejarse de la derecha liberal chilena, representada por Sebastián Piñera, planteando una alternativa aún más conservadora.

Su agenda, con planteamientos contrarios a los derechos de las mujeres, de los migrantes y de la comunidad LGBTI logró obtener un

7,93% de la votación, lo que equivale a 523.375 votos válidamente escrutados. Esto motivó la creación de Acción Republicana, un nuevo movimiento político de derecha, cuya existencia y características plantean un desafío para los defensores de derechos humanos, ya que ese conglomerado podría convertirse en una amenaza para el pleno ejercicio de dichos derechos.

Por último, en Chile, al igual que en otros países latinoamericanos, se ha podido apreciar el arribo al poder público de partidos y personas del mundo evangélico. Esto se ve graficado en la existencia de una bancada evangélica en la Cámara de Diputados,² además de las solicitudes para inscribir más de 20 candidaturas cercanas a esta tendencia religiosa, en el servicio electoral de inscripción.

1. PRESENCIA EN MEDIOS: VISIBILIDAD Y HOMO/TRANSFOBIA

La presencia en los medios de comunicación de las personas LGBTI se incrementó fuertemente en el período 2017-2018. Quizás el hecho más importante en esta materia sea la representatividad de historias trans, con la actuación de Daniela Vega en “Una Mujer Fantástica”, película ganadora del Oscar a mejor película extranjera.³ Con todo, y a pesar de innumerables apoyos nacionales y extranjeros, la representatividad trae aparejada posiciones contrarias transfóbicas, como en el caso de José Antonio Kast y de los diputados Eduardo Durán y Leonidas Romero, quienes incitan a no utilizar el nombre social de Daniela, invisibilizando su identidad y arguyendo que la legislación relativa a la diversidad sexual no es relevante. Además, la oposición a la diversidad ha seguido el ejemplo global acuñando el término “ideología de género” para demonizar los movimientos feministas y de la disidencia.⁴

Dentro de la población con creencias religiosas se encuentran dicotomías respecto de la comunidad LGBTI, y si bien existen posiciones tolerantes, la LGBTI fobia es lo que ha predominado.

- 2 Emol: “bancada ‘cristiana’ de RN: el perfil de los tres diputados que arremetieron contra Piñera”. 30 de mayo de 2018.
- 3 24 horas.cl: “Una mujer fantástica gana el Oscar a ‘Mejor película extranjera’”. 4 de marzo de 2018.
- El Desconcierto.cl: “REDES ¡qué emoción CTM!: alegría y lágrimas de todo un país por el histórico Oscar de Una mujer fantástica”. 4 de marzo de 2018.
- 4 El Dínamo.cl: “José Antonio Kast: ‘los niños no nacen neutros, nacen hombre o mujer’”. 23 de mayo de 2017.
La Tercera.cl: “Evangélicos en pie de guerra por Identidad de género”. 10 de abril de 2018.
BioBioChile.cl: “Leonidas Romero por dichos contra Daniela Vega: nació en el minuto y no me arrepiento”. 30 de mayo de 2018. 24 Horas.cl: “El diputado Eduardo Durán afirma que ‘el actriz que ganó un Oscar es un hombre’”. 10 de junio de 2018.

De esta manera, la libertad de expresión y culto a veces traspasa la delgada línea que la separa del discurso del odio, pues existen posturas religiosas que incitan a la discriminación. Así, por ejemplo, el 14 de mayo de 2018 una discoteque en Chillán fue quemada, y la dueña del recinto señaló que el motivo detrás del incendio tenía raíces homofóbicas, indicando que su vecino evangélico, quien habría comenzado el fuego, las amenazó con matarlas por “depravadas”.⁵ De igual forma, a dos años del asesinato de Nicole Saavedra Bahamondes –cuyo cuerpo fue encontrado con señales de tortura y las manos atadas, luego de una semana de secuestro– aún no se encuentra a los responsables.⁶ Estos casos reflejan el lado oscuro de una realidad agrídulce, pues si bien la comunidad LGBTI+ cada vez se integra con mayor fuerza a la palestra pública por logros personales, en la marginalidad y zonas rurales existe aún una ferviente homofobia. Lo anterior nos plantea la necesidad de trabajar estas temáticas con perspectiva de género e interseccionalidad.

Como hecho inédito, el 24 de mayo de 2017, en el marco del periodo 162 de audiencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se celebró, por primera vez, una audiencia sobre la situación de los derechos humanos de las personas trans en Chile.⁷ En dicha oportunidad se expuso la realidad de las personas trans en el ámbito de la educación, el trabajo,⁸ la salud y se informó respecto a tramitación del proyecto de ley de identidad de género,⁹ encontrándose representantes del Estado chileno presentes en la ocasión.

La Comisión, en su informe de la audiencia, señaló que “destaca la importancia de que los Estados adopten acciones afirmativas para garantizar el acceso al mercado laboral de las personas trans y se interesó por la promulgación de la ley sobre identidad de género. Asimismo, la CIDH expresó interés en conocer con mayor profundidad las implicaciones que tiene el procedimiento judicial de cambio de nombre y las implicancias que puede tener esto en el derecho a la privacidad. La CIDH reitera que los Estados deben adoptar medidas que incluyan de manera transversal la perspectiva de identidad de género en las políticas públicas que buscan contrarrestar los círculos de pobreza, exclusión, violencia y criminalización que afectan a las personas trans. Entre otras cosas, tales medidas incluyen el reconocimiento de la identidad

5 Chilevisiónoticias.cl: “Pirómano habría incendiado discoteque lésbica en Chillán”. 14 de mayo de 2018.

6 El Desconcierto.cl: “Dos años sin justicia para Nicole Saavedra: crimen de odio de joven lesbiana sigue en la impunidad”. 25 de junio de 2018.

7 Esta audiencia fue solicitada por Asociación OTD y expuso su asesora jurídica, Constanza Valdés.

8 AgenciaF.cl: “La CIDH insta a Chile a promover los derechos laborales de los transexuales”. 24 de mayo de 2017.

9 Audiencia disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=CW-O4uPT3vI>

de género de forma sencilla, expedita y no patologizante, así como la protección de las conductas en el ejercicio de dicha identidad, lo cual debe ser extensivo a los distintos aspectos de la vida de la persona, en ámbitos como educación, salud, trabajo y vivienda”.¹⁰

2. VISIBILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Además del evidente aumento de la visibilidad de las personas LGBTI+ en los medios y el discurso público, quienes han visto sus derechos negados o vulnerados han acudido a las Cortes. Si bien esta es una tendencia que existe hace al menos una década,¹¹ lo cierto es que los resultados favorables son escasos. A continuación, describiremos una sentencia que apunta en la dirección correcta en esta materia.

El 29 de mayo de 2018, la Corte Suprema de Chile dictó sentencia acogiendo el recurso de casación presentado por una solicitante, a propósito de la negación de su solicitud de cambio de nombre y sexo registral, acorde con su identidad de género.

Este recurso se presentó a propósito del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirma la sentencia dictada por el Cuarto Juzgado Civil de Santiago, en el cual se falla en contra de la solicitud de la recurrente. La sentencia emitida por la Corte Suprema constituye un hito histórico al ser la primera vez en la cual el Máximo Tribunal se pronunciaba respecto al derecho a la identidad de género y en un procedimiento de cambio de nombre y sexo registral. Asimismo, el fallo hace referencia a la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a los principios de Yogyakarta para efectos de definir lo que significa la identidad de género y construir la necesidad del reconocimiento de este derecho en el sistema interamericano de derechos humanos y en el ordenamiento jurídico nacional.¹²

En este sentido, el Tribunal señala que el cambio de nombre y sexo registral no se puede condicionar a la exigencia de tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas, así como tampoco a la presentación de certificados médicos, psicológicos ni psiquiátricos y cita los estándares fijados por la Corte Interamericana.¹³ En consecuencia, la Corte Suprema reitera lo dicho por organismos internacionales sobre el derecho a la identidad de género autopercebida, la cual debe ser reconocida bajo esta óptica. Si bien, en Chile no existe un sistema de precedentes

10 OEA, CIDH, Informe sobre audiencias públicas del 162 período de sesiones. Visto en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2017/085.asp>

11 Véase nuestros *Informes* anuales de los años 2017, 2015, 2013.

12 *La Tercera*: “Suprema cita tratados internacionales para acoger cambio de sexo registral de mujer trans”. 30 de mayo de 2018.

13 En la sección 4.4 de este capítulo se hará un análisis de los estándares.

a nivel judicial, el fallo establece directrices y constituye un pronunciamiento importante que aporta al debate sobre el cambio de nombre y sexo registral a nivel judicial.

3. OPINIÓN CONSULTIVA DE CIDH, PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE LEY MATRIMONIO IGUALITARIO E INICIATIVA QUE REFORMA EL SISTEMA DE ADOPCIÓN

3.1. Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizada por el Estado de Costa Rica. OC-24-2017

El Estado de Costa Rica realizó una solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el 18 de Mayo de 2016, respecto a diversos puntos relativos a la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) sobre identidad de género y derechos de las parejas del mismo sexo. En este contexto, cabe señalar que de acuerdo al artículo 1º de su Estatuto, a la Corte Interamericana le corresponde la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de acuerdo con esto, cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos puede realizar una consulta sobre las normas de la Convención y el alcance de las obligaciones para los Estados.

En este sentido, la opinión consultiva se realizó sobre la interpretación y alcance de los artículos 11.2, 18, y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1 del mismo instrumento.

En particular, la solicitud de Costa Rica se basó en los siguientes argumentos:

La protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una.

La compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley N° 63 del 28 de septiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención.

La protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo.

Los días 16 y 17 de mayo de 2017, la Corte realizó un periodo de audiencias públicas durante el cual se recibió a 40 delegaciones.¹⁴ En

14 La única organización de la sociedad civil de Chile que participó de las audiencias públicas fue Asociación OTD, a través de su asesora jurídica Constanza Valdés. Por el lado académico, la Pontificia Universidad Católica de Chile representada por su profesor de Derecho Internacional, Álvaro Paúl.

estas delegaciones se encontraban representantes de Estados parte, organismos estatales, organizaciones internacionales y nacionales que, previamente, ya habían realizado sus observaciones escritas.

Finalizado este periodo de audiencias públicas, a la Corte le correspondía entrar en la etapa de deliberación de los asuntos sometidos a su conocimiento.

El 24 de noviembre de 2017 esta Corte emitió la opinión consultiva –notificada el 9 de Enero de 2018– en cuyo contenido encontramos el pronunciamiento del Tribunal sobre las consultas realizadas por el Estado de Costa Rica. La importancia de esta opinión consultiva radica en que se trata de la primera vez en que la Corte Interamericana se pronuncia respecto al derecho a la identidad de género y la construcción de estándares respecto al cambio de nombre y sexo registral. Además de lo anterior, se convierte en el tercer pronunciamiento de la Corte relativo a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género.¹⁵

3.2. Matrimonio igualitario y derechos de filiación

El martes 5 de septiembre de 2017, la expresidenta Michelle Bachelet presentó en el Senado el proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales, Boletín N° 11.422-07, para regular en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, comúnmente conocido como matrimonio igualitario. La iniciativa es uno de los compromisos adquiridos por el gobierno ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el denominado Acuerdo de Solución Amistosa entre el Movimiento de Liberación Homosexual (Movilh) y el Estado de Chile.¹⁶

El proyecto consiste en un conjunto de modificaciones a diversos cuerpos normativos para permitir el matrimonio entre dos personas del mismo género; adecuar el lenguaje utilizado en variadas disposiciones legales cuando se refieren al matrimonio; permitir la filiación de padres y madres del mismo género, entre otras cosas.

En este sentido, se elimina el requisito de diferencia de sexo para contraer matrimonio, tal como lo regula el actual artículo 102 del Código Civil. La modificación de esta norma clave permite que dos personas del mismo género puedan contraer matrimonio y acceder a los mismos beneficios que los cónyuges heterosexuales. En cuanto al lenguaje, la iniciativa, reemplaza términos como “el marido” y “la mujer” por “el cónyuge” o “la cónyuge”, y también, se elimina la referencia a “los padres”, utilizándose la expresión “progenitores”,

15 Recordemos que anteriormente la Corte se había pronunciado en casos *Atala Riffo y Niñas versus Chile*, de 2012, y *Aldo Duque versus Colombia*, de 2016.

16 Revisar el Informe 2017.

en virtud de que ahora las parejas del mismo sexo podrán acceder a derechos de filiación.¹⁷

En cuanto a la filiación, vínculo jurídico de descendencia entre dos personas donde una es el padre o la madre y por el otro lado, existe un hijo o hija, el proyecto incursiona en la regulación de las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), permitiendo que dos mujeres puedan acceder a estas y tener un hijo o hija en común. En similar ámbito, dado que las parejas del mismo género se considerarán cónyuges a la luz de esta regulación, tendrían la posibilidad de adoptar conforme a la Ley 19.620, actual normativa que regula la adopción. El proyecto fue remitido a la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado, solo realizándose una sesión en la cual el Ejecutivo, a través del Ministerio Secretaría General de Gobierno, presentó el proyecto y algunas organizaciones emitieron su opinión al respecto.¹⁸

El proyecto ha sido criticado por organizaciones lésbicas y feministas¹⁹ por tener una visión limitada respecto a los derechos de filiación de parejas del mismo género, colocando la adopción y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como las únicas formas en que estas puedan tener vínculos de filiación con sus hijos. Producto de esta mirada se excluye a numerosas familias lésbicas, cuyos hijos en común no pueden ser reconocidos voluntariamente por la otra madre, obligándolas a contraer matrimonio y acceder al procedimiento de adopción que establece la Ley 19.620.

En relación con lo anterior, se encuentra en tramitación en el Senado, desde el 22 de abril de 2016, un proyecto de ley que regula el derecho de filiación de hijos de parejas del mismo género (Boletín 10.626-07).²⁰ Esta iniciativa pretende regular la posibilidad de que convivientes civiles puedan adoptar, permite el reconocimiento voluntario de un hijo o hija por la madre de crianza, cuando no existe paternidad determinada, y el acceso a las TRHA por parte de dos mujeres lesbianas, reconociendo la maternidad de ambas. En este último punto, el proyecto va más allá y regula que el acceso a estas técnicas es un derecho, bastando solo el consentimiento informado de ambas mujeres, y prohibiendo que se pueda negar el acceso a las TRHA en razón de la orientación sexual.

17 Emol: "Matrimonio igualitario: proyecto propone adopción y elimina conducta homosexual como causal de divorcio". 28 de agosto de 2017.

18 En dicha ocasión expusieron Fundación Iguales, Movilh, Corporación Humanas, Comunidad y Justicia y la Organización IdeaPaís.

19 El Mostrador.cl: "Derechos de filiación y Matrimonio Igualitario: ¿Qué se excluye?". 18 de septiembre de 2017.

20 El Desconcierto.cl: "Presentan propuesta legislativa sobre derechos de filiación de hijos e hijas del mismo sexo". 13 de abril de 2016.

Estándares de derechos humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva (OC-24-2017) sobre la protección de los vínculos de parejas del mismo sexo, se manifiesta señalando que “La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales”.²¹

En este sentido, si la Convención protege los vínculos del mismo sexo, ¿qué sucede con el acceso a estos derechos en los ordenamientos jurídicos internos?

La Corte en este aspecto es clara en señalar que “Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna”.²²

3.3. Adopción

En 2013, el presidente Sebastián Piñera ingresó mediante mensaje un proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción (Boletín N° 9.119-18), siendo enviado a la Comisión de familia y adulto mayor de la Cámara de Diputados. Durante ese periodo el proyecto no presentó

21

22 Párrafo Número 228.

avances y fue objeto de indicaciones sustitutivas en la posterior administración de la presidenta Bachelet. Sin embargo, la iniciativa no avanzó. Durante el nuevo periodo del presidente Piñera se volvieron a introducir indicaciones sustitutivas al proyecto, y se inició una vez más su discusión en la Comisión, esta vez presidida por la diputada Pamela Jiles.

Durante las semanas anteriores a la presentación de las indicaciones, se realizaron diversas declaraciones sobre la interrogante de si se regularía la adopción homoparental por parte de convivientes civiles, tema que tensionó incluso las relaciones²³ dentro de Chile Vamos.

El 6 de junio, cuando se dio a conocer la indicación sustitutiva del gobierno, se constató que el procedimiento exigía la certificación de poseer las condiciones generales para la adopción de un niño, niña o adolescente. Entre estas condiciones, reguladas en el artículo 39 de la indicación sustitutiva, se señalaba que “Tratándose de dos postulantes relacionados entre sí, se deberá considerar la estabilidad y antigüedad de su relación, su actuar de consuno, y, especialmente, la existencia de un ambiente familiar donde se pueda ejercer adecuadamente el rol de padre y madre”. Esta redacción, en la práctica, prohibiría a convivientes civiles del mismo sexo acceder a un procedimiento de adopción por la inexistencia de un ambiente familiar donde se pueda ejercer un rol “de padre y madre”.

Por esta razón, tanto el Cuarto Juzgado de Familia como diversos profesores de derecho constitucional y civil criticaron la indicación del Ejecutivo por contener claramente requisitos discriminatorios.²⁴ De parte de algunas organizaciones LGBTI, también plantearon su posición crítica al gobierno por la exclusión de la adopción homoparental.²⁵

En este contexto, se hace plenamente aplicable lo dicho en el apartado anterior sobre la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la necesidad de que los Estados deben garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso a todas las figuras legales existentes en el ordenamiento jurídico interno.

4. PROYECTO DE LEY QUE RECONOCE Y DA PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO

4.1. Breve historia del proyecto de ley de identidad de género

El proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género (Boletín 8924-07), ya tratado en versiones anteriores del

23 Emol: “Chadwick y tensión en Chile Vamos por proyecto de adopción: ‘No hay problema de que existan diferencias’”. 29 de mayo de 2018.

24 *La Tercera*: “Jueces de familia: ‘proyecto de adopción nos amarra con criterios discriminatorios’”. 7 de junio de 2018.

25 *Ahora Noticias*: “Adopción homoparental: indicación sustitutiva del gobierno deja decisión a criterio del juez”. 7 de junio de 2018.

Informe, corresponde a una moción presentada, el 17 de mayo de 2013, por las senadoras Lily Pérez (RN a la fecha) y Ximena Rincón (DC), y los senadores Camilo Escalona (PS), Ricardo Lagos Weber (PPD) y Juan Pablo Letelier (PS), en colaboración con la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD) y la Fundaciones Iguales. La iniciativa, desde su inicio, ha perseguido cuatro puntos esenciales: regular el derecho a la identidad de género, establecer un procedimiento de cambio de nombre y sexo registral, regular el acceso a los tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas y complementar las normas sobre igualdad y no discriminación respecto a las personas trans.

Luego de 4 años de una prolongada tramitación en el Senado, el 14 de junio de 2017 se aprueba en particular la iniciativa y es remitida a la Cámara de Diputados para iniciar su segundo trámite constitucional.²⁶ Se daba por concluida una de las etapas más duras en la tramitación del proyecto, con más de 300 indicaciones presentadas y 4 informes de la Comisión de Derechos Humanos del Senado.

4.1.1. Segundo trámite constitucional

La moción fue vista en la cuenta del 20 de junio del 2017 en la sesión ordinaria de la Sala de la Cámara de Diputados y remitida a su Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, pero recién comenzó a ser analizada el 6 de septiembre. Entre septiembre y enero de 2018, la Comisión abrió un periodo de audiencias en el cual se escuchó tanto a organizaciones de la sociedad civil como a personas naturales que se manifestaron a favor o en contra de la moción.

Dentro de las organizaciones que se manifestaron a favor encontramos, entre otras, a Organizando Trans Diversidades (OTD), Fundación Iguales, Fundación Todo Mejora, Fundación Renaciendo, Corporación Opción, Sindicato de Trabajadoras Sexuales Trans Amanda Jofré, quienes estuvieron contestes en la necesidad de una legislación que regule el derecho a la identidad de género y de un procedimiento para el cambio de nombre y sexo registral. Entre las organizaciones que se manifestaron en contra, entre otras, encontramos al Observatorio Legislativo Cristiano, a la Corporación Comunidad y Justicia, a la Fundación Jaime Guzmán y a la ONG Influyamos.

La discusión en particular del proyecto en la Comisión se inició el 9 enero de 2018 y finalizó el 15 de ese mes, día en que esa entidad legislativa emitió el informe. En esta ocasión, se presentaron 180 indicaciones en relación a todos los artículos de la moción. Sin perjuicio del alto número de indicaciones, en la Comisión se logró avanzar favorablemente

²⁶ Revista Closet.cl: "Senado despacha a la Cámara de Diputados proyecto de Ley de Identidad de Género". 16 de junio de 2017.

para revertir varios aspectos negativos que se habían aprobado en el Senado. Así, se incorporaron garantías derivadas del ejercicio del derecho a la identidad de género que incluye la expresión de género como un concepto protegido; los principios por los cuales debe regirse la iniciativa; a los niños, niñas y adolescentes a través de un procedimiento judicial; los preceptos relativos a la igualdad y no discriminación arbitraria por razón de la identidad y expresión de género y, además, se eliminó el requisito de un certificado médico que debía acreditar que la persona contaba con las condiciones psicológicas y psiquiátricas para formular la solicitud.

La discusión en general y en particular de la iniciativa en sala, se dio el 23 de enero en una acalorada sesión, donde destacan las intervenciones del diputado Sergio Espejo y de la diputada Camila Vallejo, en cuanto a la necesidad de legislar en esta materia y aprobar la inclusión de niños, niñas y adolescentes en el proyecto.

Al ser una sesión en la cual se discutía en general y en particular el proyecto, se votaron por separado numerosos artículos e incisos, por requerir un quórum especial, y también algunas disposiciones que fueron solicitadas en particular por opositores a la iniciativa. En este proceso se rechazaron, por 62 votos a favor, 37 en contra y 5 abstenciones, las normas de naturaleza orgánica constitucional que otorgaban competencia a los Tribunales de Familia para conocer de las solicitudes de cambio de nombre y sexo registral de niños, niñas y adolescentes y de personas con vínculo matrimonial no disuelto.

Curiosamente, el mismo día en el cual se eliminaron estas normas se hace público el Oficio de la Corte Suprema en el cual analizaba el proyecto de ley que había sido aprobado por la Comisión.²⁷

En dicho oficio, el Pleno nuevamente avala la incorporación de niños, niñas y adolescentes y las disposiciones que otorgan la competencia a los Tribunales de Familia para conocer de la rectificación de nombre y sexo registral. El Presidente señor Brito y los ministros señores Juica, Künsemüller, Silva y Cisternas, señoras Chevesich y Muñoz y señor Cerda, manifestaron sus reparos a la unificación del procedimiento entre niños, niñas y adolescentes y los requisitos en torno a esto. Los ministros manifestaron que “la justificación de considerar un procedimiento especial, en que el adolescente pueda presentar su solicitud personalmente, tiene que ver con el principio de autonomía progresiva reconocida en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 5°) y que se relaciona con otros principios/ derechos como son el interés superior del niño y el derecho a ser oído. Permitir el ejercicio progresivo de los derechos es una responsabilidad del Estado y de las familias, a quienes corresponde apoyar y proteger

27 Oficio 13-2018 de la Corte Suprema.

el desarrollo de los niños de manera que alcancen, gradualmente, la autonomía en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades”.

Aunque fue analizada tardíamente, la respuesta de la Corte Suprema sienta un nuevo precedente respecto a la discusión sobre si debe o no incluirse a niños, niñas y adolescentes en el proyecto de ley.

En todos los demás aspectos el proyecto fue aprobado sin problemas en la sala. Así, el proyecto quedó compuesto por normas sobre el derecho a la identidad de género y garantías derivadas de su ejercicio, principios del derecho a la identidad de género, procedimiento de cambio de nombre y sexo registral para personas, el ejercicio, órgano competente y procedimiento del cambio de nombre y sexo registral; la emisión de nuevos documentos y de su información, la reserva y confidencialidad del procedimiento; artículos relativos a la prohibición de discriminación arbitraria, la obligación de trato digno y disposiciones legales que modifican otros cuerpos normativos.

En consecuencia, el texto aprobado por la sala de la Cámara de Diputados significó un avance respecto a la iniciativa sancionada por el Senado. Sin embargo, el rechazo de las normas que regulan a niños, niñas y adolescentes y personas con vínculo matrimonial no disuelto fue uno de los golpes más duros en la tramitación de este proyecto.

4.1.2. Tercer trámite constitucional

Luego de haberse aprobado, el 23 de enero, en general y en particular el proyecto de ley de identidad de género, al Senado como cámara de origen le correspondía aprobar o rechazar las modificaciones realizadas por la Cámara de Diputados. Para que la sala del Senado pudiera aprobar o rechazar estas enmiendas, la Comisión de Derechos Humanos debía emitir un informe con la recomendación respectiva. Sin embargo, la Comisión nunca llegó a sesionar lo que provocó incertidumbre en cuanto al futuro del proyecto.

Todo esto cambiaría cuando el 4 de marzo, la película “Una mujer fantástica”, dirigida por Sebastián Lelio y protagonizada por la actriz Daniela Vega, ganó un Oscar en la categoría de Mejor Película Extranjera. Esto generó no solo revuelo a nivel del cine chileno, sino que también en la comunidad LGBTI por el contenido de la película. El 6 de marzo en sesión de la sala del Senado, los comités acordaron por unanimidad omitir el trámite del informe y rechazar las modificaciones realizadas por la Cámara de Diputados, dando lugar así a la creación de una Comisión Mixta encargada de dirimir las discrepancias entre ambas Cámaras.²⁸

28 SoyValparaíso.cl: “Proyecto de ley de identidad de género pasó a Comisión Mixta”. 6 de marzo de 2018.

4.1.3. Comisión Mixta encargada de tramitar el proyecto de ley de identidad de género

A días del cambio de mando que se efectuaba el 11 de marzo, la comunidad LGBTI veía con incertidumbre y preocupación la situación del proyecto de ley con la llegada de la administración del presidente Piñera. El 7 de marzo, el presidente fue invitado al programa “Las caras de La Moneda”, conducido por Mario Kreuzberger, en el cual se abordó el proyecto de ley. En esta ocasión, el presidente señaló que “la discusión no está en avanzar o no en la Ley de Identidad de Género, de hecho nosotros vamos a avanzar y es parte de nuestro programa, la discusión está en qué momento”.²⁹

La Comisión Mixta encargada de tramitar el proyecto de ley de identidad de género se terminó de constituir el 2 de abril con igual número de senadores/as y diputados/as. Esta comisión está compuesta por los senadores Felipe Kast (Evopoli), Alejandro Navarro (País), Juan Ignacio Latorre (RD), las senadoras Jacqueline Van Rysselberghe (UDI), Adriana Muñoz (PPD) y los diputados Jaime Bellolio (UDI), Diego Shalper (RN), Raúl Sáldivar (PS), Matías Walker (DC) y la diputada Natalia Castillo (RD). En esta primera ocasión, se acordó que la Comisión fuera presidida por la senadora Muñoz y se fijó un plazo para recibir a personas y organizaciones de la sociedad civil con el fin de que plantearan sus opiniones en torno al proyecto. Asimismo, los puntos de discrepancia que se acordaron resolver fueron respecto a la inclusión de niños, niñas y adolescentes; la exigencia de un certificado médico para el cambio de nombre y sexo registral y el procedimiento de adecuación de datos para personas con vínculo matrimonial no disuelto.

El 9 de abril, el ministro de Justicia, Hernán Larraín, presentó la postura del Ejecutivo en torno al proyecto de ley de identidad de género. La propuesta planteaba eliminar requisitos médicos para la solicitud de cambio de nombre y sexo registral de mayores de 18 años, permitir la rectificación a adolescentes mayores de 14 y menores de 18 y, por último, radicar en Tribunales de Familia el procedimiento de adecuación de los datos tanto de personas con vínculo matrimonial no disuelto como de adolescentes.³⁰

Luego de las audiencias,³¹ la Comisión acordó un plazo para presentar propuestas en torno al proyecto de ley.³² Finalizado este plazo, se presentaron 201 propuestas en torno a todos los artículos de

29 T13.cl: “Piñera dice ser partidario de Ley de Identidad de Género, pero sin incluir a niños”. 7 de marzo de 2018.

30 *Ibid.*

31 Las organizaciones asistentes fueron OTD, Fundación Jaime Guzmán, Fundación Igualdad, Movilh, Fundación Renaciendo, Corporación Opción y Sindicato Amanda Jofré.

32 T13.cl: “Ley de Identidad de Género: Comisión Mixta fija plazo para despacho del proyecto”. 7 de mayo de 2018.

la iniciativa, sobrepasando los puntos anteriormente acordados. Cabe destacar que 123 de estas propuestas fueron presentadas por los diputados Durán, Romero, Urruticoechea, Shalper y la diputada Muñoz, grupo de parlamentarios que recibió las propuestas de Cuide Chile, ala legislativa del movimiento Acción Republicana.

El contenido de las propuestas presentadas por este sector ultra conservador se refieren a: 1) Eliminar el derecho a la identidad de género; 2) reemplazar la identidad de género por identidad sexual; 3) incorporar la mención de género (impulsada por Shalper y Van Rysselberghe); 4) incorporar como requisitos para el cambio informes médicos, un periodo de 2 años de vida de concordancia entre la identidad de género y la apariencia mediante tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas; 5) permitir la posibilidad de oposición en el cambio de nombre y sexo registral; 6) prohibir la posibilidad de que el o la solicitante pueda contraer matrimonio una vez realizado el cambio de nombre y sexo registral y 7) otorgar preeminencia al sexo asignado al nacer por sobre la identidad de género en cuanto a la jubilación y las normas sobre pensiones.

Asimismo, cabe destacar que el gobierno introdujo el requisito de presentación de dos testigos que acrediten que la persona solicitante conoce los efectos jurídicos del cambio de nombre y sexo registral, en el ámbito del procedimiento de cambio de nombre y sexo registral de personas mayores de 18 años ante el Servicio de Registro Civil. A su vez, se detalla un procedimiento ante Tribunales de Familia para que el o la adolescente pueda acceder al cambio de nombre y sexo registral con el consentimiento del padre o la madre que lo tenga a su cuidado, sin regular la posibilidad de que el interesado pueda solicitarlo de forma personal.

La Comisión inició el 4 de junio la votación de las propuestas, discutiendo el procedimiento que se utilizaría para el análisis de la gran cantidad de proposiciones. Es así como se planteó comenzar con el análisis de las propuestas del Ejecutivo y luego con las presentadas por los parlamentarios. El 6 de agosto fue la última sesión de la Comisión Mixta y el informe fue emitido el 22 de ese mismo mes.

Con esto, el proyecto estaría compuesto por 29 artículos más tres disposiciones transitorias y quedaría estructurado de la siguiente forma; 1) La incorporación del derecho a la identidad de género auto-percibida; 2) la inclusión de principios y garantías aplicables al derecho a la identidad de género ; 3) la regulación de procedimientos de cambio de nombre y sexo registral para personas mayores de 18 años, niños, niñas y adolescentes y personas con vínculo matrimonial no disuelto; 4) artículos relativos a la igualdad y no discriminación por identidad y expresión de género y 5) la regulación de programas de acompañamiento profesional multidisciplinario para niños, niñas y adolescentes.

Con respecto a la entrada en vigencia del proyecto, se aprobó un plazo mínimo de 4 meses y máximo de 10, dependiendo de la dictación de los reglamentos que exige el proyecto de ley.

La Comisión Mixta acordó que la votación del informe se realizaría por tres partes:

La primera respecto a adolescentes, mayores de 18 años con y sin vínculo matrimonial no disuelto, derecho a la identidad de género, garantías y principios; la segunda sobre la autorización judicial supletoria en el caso de que el o la adolescente no cuente con la autorización de su representante legal y, tercero, la inclusión de menores de 14 años.

La primera votación del informe de la Comisión Mixta del proyecto de ley de identidad de género se realizó el martes 4 de septiembre en el Senado, aprobándose por 26 votos a favor, 14 en contra la primera propuesta de la comisión mixta, y la segunda y tercera fueron rechazadas por 22 votos a favor y 18 en contra, al no alcanzar el quorum orgánico constitucional requerido. El 5 de septiembre, por acuerdo de los comités parlamentarios de la Cámara de Diputados, se acordó que la votación final se realizará el 12 de septiembre.³³

4.1.4. Estándares de derechos humanos en identidad de género

Es preciso recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva realizó un análisis sobre el derecho a la identidad de género y el cambio de nombre y sexo registral. Es en este ámbito donde se revisarán los estándares propuestos por la Corte.

En cuanto al derecho a la identidad, la Corte manifiesta “que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación. Sobre este punto, esta Corte señaló, en los mismos términos que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, ‘que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios que facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la

33 A la fecha de cierre de la edición de esta parte del *Informe*, mediados de septiembre, aun no se aprobaba el Informe de la Comisión Mixta. Con posterioridad, en octubre, se aprobó el proyecto en ambas cámaras y envió al Ejecutivo, y luego fue aprobado en los mismos términos por el Tribunal Constitucional, estándose a la espera de su publicación.

Convención Americana'. Por tanto, la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos".³⁴

Asimismo, en el glosario de términos utilizado por la Corte en la sentencia, se refiere a la identidad de género "como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos".

Teniendo en comparación estos aspectos, la iniciativa en su artículo 1º regula que "para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción de nacimiento".

En este sentido, se percibe la diferencia entre ambos conceptos, limitando al binarismo la concepción sobre lo que es la identidad de género. Asimismo, la fórmula legal de "para efectos de esta ley" restringe sustancialmente la aplicación de esta definición a otros cuerpos legales que contienen el mismo concepto (Ley 20.609, Código del Trabajo, Código Penal, entre otros). Sin perjuicio de lo anterior, se reconoce en los artículos 1º, 3º, 4º y 5º que la identidad de género es aquella auto-percibida y no puede depender de ningún tratamiento modificatorio de la apariencia. En consecuencia, si bien hubiera sido más positivo que se hubiera dejado el concepto utilizado por los Principios de Yogyakarta, la iniciativa avanza en el sentido correcto en este ámbito.

4.1.5. Procedimiento de cambio de nombre y sexo registral

La Corte, en este sentido, manifiesta que "los procedimientos de solicitud de adecuación de los datos de identidad, de conformidad con la identidad de género auto-percibida deben estar regulados e implementados de conformidad con ciertas características mínimas, de manera de proteger el derecho a la identidad auto-percibida y el

34 Para un resumen de los argumentos y el breve análisis sobre el derecho a la identidad e identidad de género en la Convención, véase el párrafo Número 101.

de terceras personas”.³⁵ Así, en la opinión consultiva se establecen los siguientes estándares en torno a los procedimientos de cambio de nombre y sexo registral.³⁶

a) El procedimiento enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida.

b) Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes.

c) Los procedimientos y los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros deben ser confidenciales y los documentos de identificación no deben reflejar los cambios de la identidad de género.

d) Los procedimientos deben ser expeditos y tender a la gratuidad.

e) No se puede establecer como requisito el haber accedido a operaciones quirúrgicas y/o hormonales.

f) El mismo procedimiento aplicable para mayores de 18 años, debe ser accesible también para menores de 18 años respetando los principios de interés superior y autonomía progresiva.

En comparación con los estándares anteriores, el título III del proyecto, titulado “del procedimiento administrativo de rectificación de inscripción relativa al sexo y nombre solicitada por persona mayor de edad sin vínculo matrimonial vigente”, regula el procedimiento de adecuación de los datos de identidad para personas mayores de 18 años. Allí se establece que será un procedimiento administrativo ante el Registro Civil, exigiendo solo como requisito la presencia de dos testigos que acrediten que la persona solicitante conoce los efectos jurídicos de la solicitud. Además de lo anterior, de acuerdo al artículo 8º, los procedimientos que regula esta ley y toda la información vinculada a ella serán datos reservados y considerados como sensibles de acuerdo a la Ley 19.628 sobre protección de la vida privada.

Con respecto a los estándares señalados por la opinión consultiva, se cumplen los relativos al respeto de la identidad de género auto-percibida, la confidencialidad y que no se exija haber accedido a operaciones quirúrgicas ni tratamientos hormonales. En relación a los estándares no respetados, resalta la exigencia de dos testigos, la cual resulta, a todas luces, contraria a la presunción de plena capacidad de que gozan las personas mayores de 18 años de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional.

En relación a niños, niñas y adolescentes, el proyecto de ley regula un procedimiento de cambio de nombre y sexo registral ante los Tribunales de Familia, haciendo la distinción entre niños, niñas y

35 Párrafo Número 117.

36 Para ver en profundidad el análisis de estos estándares, véase el capítulo VII de la sentencia de la Corte Interamericana.

adolescentes en cuanto a la legitimación activa. En este sentido, se establecen tres audiencias (preliminar, preparatoria y de juicio) para conocer de la solicitud y se exige que se presenten los antecedentes que se estimen pertinentes, en especial aquellos que den cuenta del contexto psicosocial. Se otorga la facultad al juez para ordenar el acompañamiento de informes y, además, de exigir otras diligencias que estime necesarias para efectos de la resolución del caso. El texto no regula las causales por las cuales se deberá rechazar o acoger la solicitud realizada por el niño, niña o adolescente.

En relación a los estándares, se evidencia una clara diferencia entre los requisitos exigidos para mayores de 18 años y niños, niñas y adolescentes, particularmente por los prejuicios existentes en torno a la infancia y adolescencia trans. En este sentido, no se exigen requisitos de naturaleza quirúrgica ni hormonal, pero sí deben presentarse antecedentes que pueden resultar patologizantes al ir en contra del reconocimiento de la identidad de género autopercibida del niño, niña o adolescente. Asimismo, preocupa la discrecionalidad que se le otorga al juez para decretar nuevas diligencias y resolver el caso sin tener ciertos márgenes de apreciación en los cuales basarse para efectos de dictar la sentencia.

RECOMENDACIONES

1. Legislar regulando un procedimiento de cambio de nombre y sexo registral para niños, niñas y adolescentes en base a los estándares establecidos por la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. Aprobar un proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción que permita la adopción por parte de convivientes civiles del mismo sexo y establezca como principio rector la igualdad y no discriminación.
3. Aprobar un proyecto de ley que permita, en igualdad de condiciones, acceder a parejas del mismo sexo al matrimonio y a los mismos derechos que actualmente la legislación reconoce a parejas heterosexuales.
4. Aprobar un proyecto de ley que regule los derechos de filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo en igualdad de condiciones que las familias heterosexuales.
5. Impulsar la tramitación de un proyecto de ley que regule la incitación al odio hacia personas de la comunidad LGBTI, con un enfoque en la prevención, educación y sanción en caso de que sea necesario.
6. Avanzar en medidas conducentes hacia la investigación eficaz de crímenes de odio cometidos en contra de personas LGBTI.

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS: CAMBIOS EN MATERIA MIGRATORIA EN CHILE

Francisca Vargas Rivas¹⁻²

“Pretender justificar normativamente que las fronteras –líneas de tinta trazadas en un mapa, por más que por ellas se hayan derramado con frecuencia ríos de sangre– puedan convertirse en legítimos obstáculos para la movilidad de las personas, supone un desafío difícil de superar para aquellas sociedades que proclaman los derechos humanos como fundamento de su ordenamiento interno”.

*Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global
Juan Carlos Velasco*

- 1 Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales y profesora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la misma casa de estudios.
- 2 Se agradece el apoyo de Giovanna Aguilera Barrera y Liam Román Sagredo, ayudantes de investigación del presente capítulo.

SÍNTESIS

El presente capítulo analiza los cambios que se han producido en temas migratorios en Chile durante 2017 y el primer semestre de 2018, examinando los hitos que se consideran más relevantes, y dando cuenta de los avances y desafíos en la materia de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos pertinentes.

PALABRAS CLAVE: Migración, regulación administrativa, regularización migratoria.

INTRODUCCIÓN

Esta sección pretende mostrar los cambios que se han producido en temas migratorios en Chile durante el último año —y un poco más—, analizando los hitos que consideramos más relevantes ocurridos durante 2017 y el primer semestre de 2018, y dando cuenta de los avances y desafíos en la materia de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos pertinentes.

Analizaremos algunos hitos que, a nuestro juicio, dan cuenta de una inexistente política pública migratoria en Chile, lo cual esperamos demostrar durante el desarrollo de este capítulo, en el entendido de que las políticas públicas son “proyectos y actividades que un Estado diseña y gestiona a través de un gobierno y una administración pública a los fines de satisfacer necesidades de una sociedad”.³ De lo anterior entendemos que las políticas públicas son estatales, independientemente de la postura frente al tema que tenga el gobierno de turno. Nos parece que hay dos motivos centrales para sostener que en Chile no podemos englobar los cambios o hitos en materia de migraciones ocurridos en el último tiempo bajo el título de “políticas públicas”. Primero, los distintos gobiernos de los últimos años han tenido el espacio para imponer sus miradas respecto al tema de las migraciones que, en general, son visiones distintas entre sí y no respetan, protegen ni promueven del todo los derechos humanos de las personas migrantes. Entonces, los cambios que se han producido están lejos de ser parte de un lineamiento estatal uniforme. Segundo, consideramos que, salvo excepciones, tampoco ha existido un lineamiento gubernamental respecto del tema. Por el contrario, los cambios migratorios se han producido por el esfuerzo o decisión autónoma de una institución o autoridad, y no como parte de un trabajo que involucre a los distintos poderes del Estado y a la mayor cantidad de instituciones.

3 Emilio Graglia, “Diseño y gestión de políticas públicas: Hacia un modelo relacional”, Córdoba. EDUCC, en Emilio Graglia, *En la búsqueda del bien común, manual de políticas públicas*, Buenos Aires, ACEP y Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

Los principales hitos ocurridos en la época estudiada, y que serán analizados en el presente capítulo, son: 1) Creación de visa especial para niños, niñas y adolescentes a través del programa “Chile Te Recibe”; 2) creación del protocolo que crea una visa especial para personas víctimas del delito de tráfico ilícito de migrantes; 3) creación de nuevas visas en abril de 2018 y supresión de visa temporaria por motivos laborales; 4) procedimiento de regularización migratoria extraordinario y 5) reactivación de proyecto de ley de migración y extranjería (Boletín 8970-06), respecto del cual solo haremos una somera mención, pues el análisis en profundidad será efectuado en el capítulo de investigación sobre el tema, desarrollado en el presente *Informe*. Hemos dejado fuera de este análisis la presentación, en el mes de agosto de 2017, de un proyecto de ley de migraciones, mediante Boletín 11395-06, por cuanto el mismo no registra movimientos en el Congreso Nacional desde enero de 2018, y en la actualidad es discutido el otro proyecto de ley sobre la misma materia mencionado en el punto 5.

En el presente capítulo se utilizan distintas técnicas de investigación cualitativa, particularmente revisión bibliográfica y de tratados y jurisprudencia internacionales, revisión de observaciones generales, opiniones consultivas y recomendaciones de órganos internacionales, y entrevistas en profundidad a personas que trabajan en instituciones que brindan asesoría jurídica a personas migrantes en Chile.⁴ Asimismo, la autora toma en cuenta la experiencia de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales en la materia.

1. CAMBIOS EN MATERIA MIGRATORIA EN CHILE Y SU ADECUACIÓN A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

A continuación, desarrollaremos cinco cambios migratorios ocurridos en el período estudiado, analizando su adecuación, o no, a los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.

1.1. Creación de visa especial para niños, niñas y adolescentes a través del programa “Chile Te Recibe”

En julio de 2017, la entonces Presidenta de la República, Michelle Bachelet, anunció la creación de una visa especial para niños y niñas, con independencia de la situación migratoria de sus padres, como parte de

4 Al respecto, fueron entrevistadas un total de 8 personas, pertenecientes a las siguientes instituciones: Clínica Interdisciplinaria de Atención a Migrantes de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Clínica Jurídica de Atención a Inmigrantes de la Universidad Alberto Hurtado, Servicio Jesuita a Migrantes, Proyecto Migramigos, Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC), Instituto Católico Chileno de Migración (INCAMI), Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial y Colectivo Sin Fronteras. A todas ellas agradecemos profundamente su participación, agudeza y apoyo.

las acciones del programa “Chile Te Recibe”.⁵⁻⁶⁻⁷ Según lo indicado por el gobierno, esta visa contribuiría a regularizar la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes a la vez que les permitiría acceder a prestaciones de salud y beneficios educacionales. En el marco de dicho programa, se eliminaron también los pagos de derechos por permisos de residencia de niños, niñas y adolescentes, mediante la modificación del decreto N° 296 de 1995, que “determina monto de derechos que deberán los extranjeros por las actuaciones administrativas que se indican y deroga el decreto N° 940, de 1975, y sus modificaciones posteriores”.⁸

Al momento del anuncio de la visa mencionada, el gobierno estimaba que el 41,3% de los niños y niñas migrantes escolarizados se encontraba en situación migratoria irregular. En ese contexto, la mandataria firmó un decreto que eliminaba el cobro de aranceles para las visas de niños, niñas y adolescentes e informó que se estaba trabajando con las embajadas y consulados de Perú, Venezuela, Bolivia, Colombia y Haití, para recibir de manera simple los certificados de nacimiento de niños y niñas desde cada país de origen. Además, informó sobre algunos aspectos importantes del programa “Chile Te Recibe” en relación a niños y niñas. En el ámbito educativo, indicó que los estudiantes podrían acceder a la certificación de los estudios realizados en el sistema educativo chileno, al ranking de notas y al NEM. Añadió el acceso a la Subvención Escolar Preferencial, a los programas “Me conecto para Aprender”, de “Apoyo Pedagógico” y los de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB), así como recibir el pase estudiantil, alimentación, textos pedagógicos, uniforme y seguro escolar. En el caso de la educación superior, la ex presidenta indicó que los alumnos y alumnas podrían acceder a la gratuidad y a diversos beneficios estudiantiles, en la medida que cumplan con los otros requisitos específicos para cada beneficio que se exigen. En cuanto a seguridad social, en virtud de este programa, niños y niñas pueden acceder al Registro Social de Hogares y a las políticas del Sistema de Protección Social, Chile Crece Contigo y Chile Seguridades y Oportunidades, y a la totalidad

- 5 Ministerio de Educación del Gobierno de Chile, *Gobierno de Chile regularizará la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes con una visa especial*, 26 de julio de 2017. Noticia disponible en: <https://migrantes.mineduc.cl/2017/07/26/anuncio-regularizacion-ninos-ninas-adolescentes-migrantes-firma-decreto-los-exime-del-pago-visa/>
- 6 El Mostrador.cl: “Bachelet anuncia creación de visa especial para que niños y jóvenes migrantes ‘tengan los mismos derechos’”, 26 de julio 2017. Menciona la independencia del otorgamiento de esta visa a niños y niñas con la situación migratoria de los padres y madres.
- 7 La visación fue creada mediante Circular N° 16, de fecha 26 de julio de 2017, del Departamento de Extranjería y Migración.
- 8 Decreto N° 1.020, de fecha 25 de julio de 2017, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

de las prestaciones del sistema de salud, incluyendo las secundarias, como atención en COSAM.⁹

Desde su creación, y durante 2017, fueron solicitadas 4.017 visas de niños, niñas y adolescentes, otorgándose todas ellas.¹⁰

Sin perjuicio de reconocer lo positivo de la creación de esta visa en el contexto del programa “Chile te recibe”, cuestión con la que están de acuerdo todas las personas entrevistadas en el marco de la presente investigación, aún persisten problemas con dicha visa relacionados con los requisitos para la solicitud de la misma, disponibles en el sitio web del Departamento de Extranjería y Migración.¹¹⁻¹² Allí se establece como requisito el presentar fotocopia de la última tarjeta de turismo, exigencia que deja fuera del acceso a la visa a aquellas/os niñas y niños que presentan un ingreso irregular al país. Es preciso recordar, en este sentido, que los/as niños y niñas que ingresaron de esa manera al país acompañados de sus padres o cuidadores, no fueron quienes tomaron la decisión de ingresar en forma irregular. Los estándares internacionales respecto a niños, niñas y adolescentes migrantes, señalan, sobre la base del interés superior del niño (artículo 3 N° 1 de la Convención de los derechos del niño) que los Estados deben priorizar los derechos de estos con independencia de su nacionalidad o situación migratoria,¹³ y de manera independiente a la situación migratoria de los padres y madres.¹⁴ En este sentido, consideramos que la exigencia de dicho requisito, que considera circunstancias ajenas a la voluntad de éstos, impide a un grupo de niños y niñas estar protegidos/as en sus derechos de acuerdo a los estándares internacionales.

Dentro de los requisitos, se establece, además, que “en el caso de menores de edad que no estén acompañados por sus padres, deberán presentar documentación que acredite la tutoría o custodia del menor debidamente legalizada. En el caso de que el tutor sea extranjero, deberá acreditar situación de residencia”. Este requisito deja fuera a aquellos

9 Ministerio de Educación del Gobierno de Chile, *Gobierno de Chile regularizará la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes con una visa especial*, 26 de julio de 2017. Ver en: <https://migrantes.mineduc.cl/2017/07/26/anuncio-regularizacion-ninos-ninas-adolescentes-migrantes-firma-decreto-los-exime-del-pago-visa/>.

10 La información del año 2018 aún no está disponible pues la información se procesa anualmente. Respuesta obtenida mediante ORD. N° 17.902 de fecha 29 de junio de 2018 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en respuesta a solicitud de acceso a la información N° AB001W0008941.

11 Ministerio del Interior y Seguridad Pública del Gobierno de Chile, *Requisitos de visa temporaria por primera vez niños, niñas y adolescentes*, 21 de agosto de 2017.

12 Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2018/02/RequisitosVisaTemporariaPrimeraNNA1.pdf>

13 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Resolución del 19 de agosto de 2014.

14 Fondo de la Naciones Unidas para la infancia, *CDN*, artículo 2 número 1, 1989.

niños y niñas no acompañados, hasta que no se designe un curador o tutor, cuestión que creemos es innecesaria, pues, desde el interés superior del niño y la prohibición de discriminación, lo adecuado sería regularizar su situación migratoria lo antes posible. Lo anterior sin perjuicio de que el niño o niña podría requerir de protección internacional, lo cual el Estado tiene el deber de evaluar,¹⁵ procurando su ingreso al procedimiento de asilo, lo que le otorga un permiso de residencia. En este mismo orden de ideas, si el tutor es extranjero, se exige su situación migratoria regular, lo que nuevamente implica la influencia de la situación migratoria de un adulto en la del niño, lo cual contraviene los estándares internacionales en la materia.

Considerando lo expuesto, sugerimos la revisión de los requisitos de esta visa para ajustarlos a los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, y, asimismo, felicitamos al Estado por la creación de este permiso de residencia, pues representa un avance en la protección y promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes. A pesar de haber surgido en el gobierno anterior, esta visa sigue aplicándose en la actualidad, sin embargo, nos parece poco alentador que la última noticia subida al sitio web del programa corresponda al 21 de febrero de 2018,¹⁶ y no exista ninguna actualización durante la presente administración. En este sentido, creemos que sería apropiado que el gobierno de Sebastián Piñera continuara con el desarrollo de este programa de manera activa. Como apuntó una de nuestras entrevistadas, la protección de niños y niñas migrantes, estén escolarizados o no, debe ser un asunto del Estado y no depender del gobierno de turno.

Por último, consideramos que es adecuado incorporar, mediante indicación al proyecto de ley de migración y extranjería, actualmente en discusión en el Congreso Nacional, a la niñez como una categoría por la cual se le debe otorgar permisos de residencia, de tal manera que el avance que implica esta visa especial quede consagrado en una ley.

1.2. Surgimiento del protocolo que crea una visa especial para personas víctimas del delito de tráfico ilícito de migrantes

En julio de 2017, la Fiscalía de Chile y el Ministerio del Interior firmaron un protocolo para regularizar la situación migratoria de las

15 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Resolución del 19 de agosto de 2014, parr. 82 en relación con *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 164 a 177.

16 Gobierno de Chile, *Chile te recibe: Plan de atención a migrantes*. Ver en: <http://www.planmigrantes.gob.cl/>. (Última revisión en noviembre del 2018)

personas migrantes que hayan sido traficadas.¹⁷ Hasta antes de este protocolo existía la posibilidad de regularizar la situación migratoria solo para personas migrantes víctimas del delito de trata de personas, regulado en el artículo 411 quáter del Código Penal.

El protocolo se aplica, en general, para los casos en donde el Ministerio Público haya establecido que se está en presencia de un delito contemplado en el artículo 411 bis del Código Penal, donde se corrobore que por el delito de tráfico ilícito de migrantes se puso en peligro la integridad física, la salud o la vida de la persona extranjera o que se trate de una persona menor de edad, lo que corresponde a las circunstancias establecidas en los incisos segundo y tercero de dicho artículo. La solicitud solo es procedente respecto de las personas extranjeras afectadas por el delito en cuestión que hayan ingresado al país de manera clandestina.

En virtud de este Convenio, es el Ministerio Público el que determina el momento idóneo del proceso penal en el que efectuará la solicitud de visación para la persona al Departamento de Extranjería y Migración, ejerciendo la facultad contemplada en el artículo 78 bis del Código Procesal Penal.

Todas las personas entrevistadas para el presente capítulo, que conocen este protocolo, coinciden en que su creación es positiva. En este sentido, nos parece importante hacer notar el hecho de que a pesar que las personas entrevistadas trabajan en instituciones que brindan asesoría jurídica a personas migrantes, hay 3 de ellas que no conocen este protocolo.

Una de las personas entrevistadas, abogado representante de 20 víctimas en una causa sobre tráfico ilícito de migrantes, se refirió en particular a este protocolo, señalando que, a pesar de lo positivo del mismo, existen dos falencias que deben ser mejoradas. La primera guarda relación con que el protocolo es un acuerdo administrativo, por lo que existe el riesgo de generar cambios que impliquen avances o retrocesos en cuanto a protección de las personas traficadas, e incluso su eliminación, todo de una manera relativamente expedita. Esto implica poca estabilidad frente a los cambios políticos. El segundo problema se relaciona con la legitimación activa de quien puede solicitar la visa, la cual está radicada en el Ministerio Público. Nuestro entrevistado señaló que “no todas las fiscalías, o no todos los fiscales, tienen la intención y el tiempo de investigar este delito, que es un delito sumamente complejo. Entonces, de alguna u otra forma, estos

17 Ministerio Público de Chile, *Fiscalía de Chile y el Ministerio del Interior firman protocolo para regularizar situación migratoria de personas traficadas*, 26 de julio de 2017. Noticia disponible en http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_det.do?noticiald=13222

derechos o el derecho a la regularización que tiene una persona en calidad de víctima de este delito queda, más o menos, supeditado a cuantos recursos tenga X fiscalía en X región o cuánto tiempo tenga un fiscal”.

En la práctica, hasta el cierre de este artículo, se ha otorgado esta visación a 9 personas.¹⁸

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, ratificada por Chile, establece en su artículo 16 numeral 1 que “cada Estado Parte adoptará, en consonancia con sus obligaciones emanadas del derecho internacional, todas las medidas apropiadas, incluida la legislación que sea necesaria, a fin de preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo”.¹⁹ Este último se refiere al tráfico ilícito de migrantes y otros delitos asociados. Sobre la base de lo anterior, puede entenderse que en pos de la protección de la persona, lo que guarda relación con el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, es adecuado que el Estado brinde la posibilidad de regularizar su situación migratoria a la persona afectada por el delito en cuestión. En el caso de Chile, actualmente y fuera de este visado, frente al ingreso clandestino, sin distinción entre si la persona fue o no víctima del delito de tráfico de personas, no existe opción de regularización migratoria, y se establece directamente la medida de expulsión como consecuencia de dicho ingreso.²⁰ Parece injusto que la respuesta del Estado sea la expulsión y no la protección de la persona que ha sido víctima de un delito transnacional y que por ello ha ingresado de manera irregular al país.

Por lo anterior, creemos que la creación de esta visa es adecuada, y coincidimos con el entrevistado mencionado anteriormente en las

18 Información obtenida mediante ORD. N° 17.414 de fecha 27 de junio de 2018 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que responde a la solicitud de acceso a la información N° AB001W0008942. Quisiéramos, sin embargo, señalar que la respuesta en cuestión contiene información confusa. La solicitud fue explícitamente conocer la cantidad de personas que han solicitado visa en virtud del protocolo de víctimas de tráfico de personas, y la respuesta señala que se indica la cantidad de otorgamiento de visas en virtud de este protocolo “del artículo 33 bis” del D.L N° 1.094. Esto es confuso porque dicho artículo se refiere al otorgamiento de visación para personas víctimas del delito contemplado en el artículo 411 quáter del Código Penal, el que a su vez se refiere al delito de trata de personas y no de tráfico ilícito de migrantes.

19 Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la artículo 25 N° 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Esta misma norma se encuentra establecida en el artículo 25 N° 1 de la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Nueva York, 2004.

20 Artículo 69 del Decreto Ley 1.094 que establece normas sobre extranjeros en Chile.

siguientes sugerencias: primero, al igual que en el punto anterior sobre visas de niños, niñas y adolescentes, es necesario que el hecho de ser víctima del delito de tráfico ilícito de migrantes sea un criterio en virtud del cual se deba otorgar un permiso de residencia de una persona, lo cual debiera estar consagrado en la ley. En segundo lugar, consideramos que sería más apropiado que, además del Ministerio Público, fuera la misma persona afectada la que también pudiera solicitar el permiso de residencia en cuestión, pues con eso evitamos dejar en manos de un tercero la regularización migratoria de alguien que ha sido víctima de un delito.

El artículo 24 N° 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional señala que “cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas”. En este sentido, a las sugerencias anteriores agregamos la de contemplar este permiso de residencia especial también para testigos, sus familiares y personas cercanas cuando corresponda.

1.3 Creación de nuevas visas en abril de 2018 y supresión de visa temporaria por motivos laborales

El 9 de abril de 2018, el gobierno anunció una serie de medidas que denominó de reforma migratoria. Estas medidas fueron divididas entre administrativas con efecto inmediato e indicaciones al proyecto de ley de migración y extranjería,²¹⁻²²⁻²³ el cual había vuelto a tener movimientos el 13 de marzo de 2018.²⁴ Un muy breve análisis de este proyecto de ley se realizará en el punto 1.5. de este capítulo, y un análisis más profundo sobre una ley de migraciones con enfoque de derechos humanos se llevará a cabo en la sección de investigación del presente *Informe*.

Por su parte, las medidas administrativas con efecto inmediato no forman parte de una nueva ley y pueden ser divididas básicamente en tres grupos: a) creación de nuevas visas, b) supresión de visa temporaria por motivos laborales y c) procedimiento de regularización migratoria

21 Gobierno de Chile, *Presidente Piñera presentó reforma para “garantizar una migración segura, ordenada y regular*, 9 de abril de 2018. Ver en: <https://www.gob.cl/noticias/presidente-pinera-presento-reforma-para-garantizar-una-migracion-segura-ordenada-y-regular/>.

22 Gobierno de Chile, *Presidente Piñera anuncia reforma migratoria*, 9 de abril 2018. Ver en: <https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=73020>

23 Ministerio del Interior y Seguridad Pública del Gobierno de Chile, *Minuta: Reforma migratoria y política nacional de migraciones y extranjería*. Ver en: https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva_ley_de_migracion.pdf.

24 En esta fecha, se puso urgencia simple al proyecto, el cual no registraba movimientos en el Congreso Nacional desde el 25 de septiembre de 2014.

extraordinario.²⁵ En esta sección, solo analizaremos los puntos a) y b), ya que el punto c) será estudiado en un acápite siguiente correspondiente al punto 1.4. de esta investigación.

1.3.1 Creación de nuevas visas

Las nuevas visas anunciadas por el actual gobierno, pueden ser resumidas en el siguiente cuadro:

Cuadro 1

País	Nombre visa	Lugar donde se solicita	Duración	Características	Inicio
Todos	Visa temporaria de oportunidades	Consulado de Chile en país de origen	12 meses prorrogables 1 vez	Para quienes quieran emprender o trabajar	1 agosto de 2018
Todos	Visa temporaria de orientación internacional	Consulado de Chile en país de origen	12 meses prorrogables 1 vez	Para quienes descen emprender y trabajar + tengan postgrado de mejores Universidades del mundo según reglamento.	1 agosto de 2018
Todos	Visa temporaria de orientación nacional	Chile	12 meses prorrogables 1 vez	Para quienes obtengan postgrados en universidades chilenas acreditadas + deseen emprender y trabajar en Chile	1 agosto de 2018
Haití	Visado consular de turismo simple	Consulado de Chile en Haití	30 días	Para quienes tengan fines de turismo sin propósito de inmigración. *Según art. 49 D.L N°1.094, esta persona podrá cambiar de status migratorio dentro de Chile.	16 de abril de 2018
	Visado humanitario de reunificación familiar	Consulado de Chile en Haití	12 meses prorrogables 1 vez	Cónyuges, convivientes civiles, hijos menores de edad y mayores que estudien hasta 24 años + no tener antecedentes penales *Máx. 10.000 al año	2 de julio de 2018
Venezuela	Visa de responsabilidad democrática	Consulado de Chile en Venezuela	1 año prorrogable 1 vez	Todos las personas venezolanas que no tengan antecedentes penales	16 de abril de 2018

25 Algunas de las ideas vertidas en esta sección del presente capítulo, forman parte de una publicación realizada por la autora en el blog del sitio web de la Red de Apoyo Legal a Refugiados de las Américas, *Reforma migratoria en Chile*, 14 de mayo de 2018. Disponible: en <https://www.ralra.org/l/reforma-migratoria-en-chile/>.

Al respecto, analizaremos las visas especiales creadas para ciudadanos y ciudadanas provenientes de Haití y de Venezuela, pues la idea de una visa temporaria de oportunidades se liga al concepto de un sistema de visados consular, cuestión que será analizada en el capítulo de investigación del presente *Informe*; y las visas de orientación internacional y nacional no corresponden a visas con las que trabajamos comúnmente, por lo que decidimos no analizarlas.

Visa consular de turismo simple para ciudadanos y ciudadanas provenientes de Haití

El Decreto Ley 1.094, que establece normas sobre extranjeros en Chile, señala en su artículo 45 que, excepcionalmente y por motivos de reciprocidad internacional o interés nacional, puede establecerse mediante decreto supremo firmado por los ministros del Interior y de Relaciones Exteriores, la necesidad de contar con un visado consular de turismo simple para personas de cierta nacionalidad. Sobre la base de esta norma el gobierno creó la visa consular de turismo para personas haitianas, mediante el Decreto 776, del 9 de abril de 2018, de los ministerios del Interior y Relaciones Exteriores, el cual tiene las características mencionadas en el cuadro 1, salvo en lo que se refiere a la duración de la visa. En relación con esto, a pesar de los anuncios del gobierno, el decreto en cuestión no contiene normas relativas al plazo de duración del visado, por lo cual debemos atenernos a la regla general del artículo 49 del mencionado Decreto Ley 1.094, que establece un máximo de 90 días.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 22 N° 2, establece que “toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”. Este derecho es conocido como el derecho a la libre circulación, o el derecho a migrar, cuyos alcances son discutidos. Algunos²⁶ consideran que el derecho a salir, incluye, lógicamente, el derecho de la persona a ingresar a otro Estado, pues de lo contrario, y dado que no puede llegar a una “tierra de nadie”, el derecho a salir se volvería inoperante. Esta es la postura a la que adhiere la autora. Sin embargo, lo que no está en discusión es el derecho que tiene toda persona a salir de su país, y que los derechos humanos universalmente reconocidos representan un límite a la soberanía de los Estados.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que “las políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos” y que “las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y

26 Por ejemplo, Ángel Chueca, “Ius Migrandi y el Derecho Humano al Desarrollo”. Jornadas sobre Codesarrollo y migraciones. El papel de la cooperación, realizadas por instituto de Estudios para la Paz en noviembre de 2006. *Eikasía. Revista de Filosofía*, II 8, enero 2007.

razonables”.²⁷ Asimismo, ha indicado que “en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”.²⁸

Por lo anterior, si bien un Estado puede decidir quién entra en el territorio de su país o no, lo cierto es que la persona migrante conserva sus derechos humanos fundamentales, por lo tanto, no se pueden establecer requisitos de ingreso al país que sean discriminatorios.

Con todo, nos parece que el decreto que establece el visado consular de turismo para las personas haitianas es precisamente discriminatorio –cuestión en la que coincidimos con la totalidad de las personas entrevistadas para esta investigación– y, por cierto, inconstitucional.²⁹

La inconstitucionalidad del decreto se da por dos motivos. De un lado, la Carta Fundamental establece que el actuar del Estado es válido siempre que se haga, entre otras cosas, en la forma que prescribe la ley. Aquí encontramos el primer problema. Cuando revisamos los motivos que la ley de extranjería exige para establecer los visados de turismo consulares, que son excepcionales, vemos que solo puede hacerse por motivos de reciprocidad internacional o interés nacional. Lo primero no existe ya que Haití no exige visa a personas chilenas para ingresar a su territorio. Lo segundo tampoco, ya que aunque los Estados pueden definir en un momento determinado qué es el interés nacional, su definición debe obedecer a motivos razonables y no producir decisiones arbitrarias, que es lo que ocurre en este caso, al no configurarse un verdadero problema de interés nacional con Haití. No entender eso es creer que la soberanía no tiene límites. Al analizar los motivos explícitos en el decreto, nos damos cuenta que se asumen cuestiones que no son reales. Como ejemplo podemos indicar que, revisando cifras, no se vislumbra que sea insoslayable el aumento sostenido de personas haitianas que ingresan al país permaneciendo en Chile en situación irregular, como se señala en el decreto que establece el visado. La población haitiana no es la mayor en Chile –es la sexta según datos del Censo 2017– y tampoco es la que mayoritariamente ingresó al país en

27 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, decisión de 17 de septiembre de 2003, párr. 168.

28 Corte IDH. *Caso Vélez Loor contra Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 23 de noviembre de 2010.

29 *La Tercera*: Francisca Vargas, Columna de opinión: “Chile no puede permitir discriminación arbitraria”, 26 de mayo 2018.

2017, pues aunque la diferencia entre ingresos y egresos, según cifras de la PDI, es un poco más de 100 mil personas, la misma cifra de personas argentinas supera las 564 mil. Tampoco es cierto que la mayoría de los y las haitianos/as se haya quedado en Chile en situación migratoria irregular, pues lo cierto es que son la segunda nacionalidad en cuanto a solicitudes de visa se refiere.³⁰ Lo anterior lleva a que el decreto supremo no se haya hecho respetando la forma que la ley prescribe en relación a las razones para establecer una visa de turismo consular.

Por otra parte, el decreto es inconstitucional por vulnerar el derecho a la igualdad que según la Constitución tienen todas las personas, discriminando a ciudadanos y ciudadanas haitianos/as en su ingreso a Chile. Cuando una autoridad hace una diferencia, para que aquella no sea arbitraria, debe tener un motivo razonable. Según ha señalado el Tribunal Constitucional chileno, si queremos que una diferenciación sea razonable, esta debe, efectivamente, contribuir al fin buscado por la autoridad que hace la diferencia. Este segundo análisis tampoco es superado por el decreto, ya que no se vislumbra cómo, en el momento actual, una visa consular para personas haitianas, que distingue entre nacionalidades de migrantes, logra, en particular, una migración regular y segura para ellos y sus familiares. Según los datos disponibles, esta población no tiene características migratorias especiales como para restringir o controlar su ingreso de manera diferente a las demás, y es por esto que la medida vulnera la igualdad. Se hizo una diferencia en atención a la nacionalidad que no aporta al fin buscado y que no tiene razones adecuadas. Esto es discriminación arbitraria, cuestión que está prohibida.

Los anteriores fueron, a groso modo, los argumentos utilizados por un grupo de 46 diputados y diputadas en el requerimiento que presentaron ante el Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional el decreto 776.³¹ El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, la facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, el Servicio Jesuita a Migrantes y un abogado particular, prestaron asesoría técnica a los parlamentarios. Dicho requerimiento fue fallado en contra, declarando constitucional el decreto en cuestión. El comunicado con el acuerdo es de fecha 7 de junio de 2018, y la sentencia es del 19 de julio de 2018.

En la práctica, desde la creación de la mencionada visa, hasta el 31 de mayo de 2018, se habían solicitado 105 visas, de las cuales fueron otorgadas solo 12, y rechazadas 82. En cuanto a los motivos de

30 Esta situación sería la de 2017, hasta junio de dicho año. En cuanto a visas otorgadas en el mismo período, las personas de nacionalidad haitiana ocuparían el cuarto lugar. Información disponible en *La Tercera*: "Venezolanos liberan solicitudes de residencia en Chile durante 2017", 31 de octubre 2017.

31 Requerimiento rol 4757-2018 ante el Tribunal Constitucional chileno.

rechazo, estos se deberían a la “falta de antecedentes solicitados”.³² El escaso acceso efectivo a este tipo de visa, sumado al hecho de que la solicitud se hace por internet y Haití es uno de los países con las tasas más bajas de conexión a la red,³³ además de los argumentos esgrimidos precedentemente, nos permiten afirmar que tanto los criterios para imponer la visa como los criterios de otorgamiento de la misma son arbitrarios. Este hecho contraviene la objetividad, proporcionalidad, razonabilidad, no discriminación y respeto a los derechos humanos de las personas, que deben tener las normativas y políticas migratorias, es decir, vulnera los criterios establecidos por la Corte IDH, los cuales son extraídos a su vez de la CADH.

Por lo anterior, nuestra recomendación es, derechamente, la eliminación de este visado.

Si extendemos el análisis a las visas consulares de turismo en general, y debido a la experiencia chilena con la visa consular de turismo establecida en 2012 para las personas provenientes de República Dominicana,³⁴ instamos a la autoridad a re-pensar el sistema de visados, de manera tal que los requisitos establecidos respeten los estándares internacionales sobre derechos humanos, y sean adecuados a la realidad de los flujos migratorios del país. En este sentido, la autoridad tiene, frente a distintas circunstancias migratorias, variadas opciones, remedios o respuestas y debe escoger aquel mecanismo que sea necesario y resulte más idóneo, entre las diferentes alternativas que tenga. Así, limitar el ingreso, mediante un visado consular de turismo, de personas provenientes de un país que presenta una alta tasa de migración hacia Chile, en un contexto de migración sur-sur³⁵ latinoamericana

32 Solicitud de acceso a la información N° AC001T0001158 al Ministerio de Relaciones Exteriores, respondida con fecha 15 de junio de 2018.

33 Al respecto, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), indicaba en 2015 que la penetración del acceso a internet en los hogares en Haití no superaba el 15%. Información disponible en CEPAL, *Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2016*, octubre de 2016, p. 28, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40528/6/S1601049_es.pdf.

34 La mencionada visa fue establecida mediante un acuerdo verbal. Los documentos en donde consta esto son: (1) Documento 028/R/2012, en donde la embajada de República Dominicana en Chile contesta al Ministerio de Relaciones Exteriores en relación a llamada telefónica mediante la cual se estableció visado de turismo consular para personas provenientes de República Dominicana; (2) documento N° 8905, en donde el Ministerio de Relaciones Exteriores contesta misiva anterior, y (3) documento N° 92/12, en donde la embajada de Chile en República Dominicana comunica al Ministerio de Relaciones Exteriores dominicano el comienzo de la visa en cuestión y sus requisitos.

35 Organización Internacional para las Migraciones, *Diálogo Internacional sobre la Migración en 2014 Movilidad humana y desarrollo: Tendencias emergentes y nuevas oportunidades para establecer alianzas. La migración sur-sur: asociarse de manera estratégica en pos del desarrollo*, 24-25 de marzo de 2014, disponible en <https://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/What-We-Do/idm/workshops/South-South-Migration-2014/Background-paper-es.pdf>.

en aumento –como fue el caso de personas provenientes de República Dominicana–, no es la medida más adecuada. Como hemos podido observar desde la experiencia de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, y como han observado otras organizaciones de la sociedad civil, las visas de este tipo, en estos contextos, provocan como gran consecuencia el aumento de la inmigración irregular de personas provenientes del país sometido a requisitos discriminatorios, así como un fortalecimiento de las redes de tráfico y trata de personas.³⁶⁻³⁷ Un análisis más profundo sobre este tipo de visaciones puede revisarse en el capítulo de investigación sobre el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería en el presente *Informe 2018*.

Visado humanitario de reunificación familiar para ciudadanos y ciudadanas provenientes de Haití

En relación a este visado especial, que comenzó a regir el pasado 2 de julio de 2018, y que tiene un tope de entregas de 10.000 visados, no hemos tenido acceso a su sustento normativo. Según información disponible en el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile,³⁸ la visa puede ser solicitada por cónyuges, convivientes civiles, hijos menores de edad y mayores que estudian hasta los 24 años, de una persona de nacionalidad haitiana que resida en Chile con residencia temporaria o permanencia definitiva. En otras palabras, el familiar que reside en Chile debe estar en situación migratoria regular. En cuanto al proceso, se señala que, primero, el familiar residente en Chile debe enviar una carta de solicitud de reunificación familiar, notariada, a su familiar en Haití, con una copia notariada de su cédula de identidad para extranjeros vigente. Recibida la carta, el familiar debe llamar a la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), particularmente a la oficina de Puerto Príncipe, cuyos teléfonos aparecen en el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Allí le indicarán la documentación requerida (como pasaporte, acreditación del vínculo familiar, etc.), así como la dirección y horario para entregar esta documentación. La visa tiene un costo de \$25 USD, pero se ha señalado que el trámite total ante la OIM costaría alrededor de \$73 USD, por lo que la tramitación total de la visa

36 Al respecto, se puede revisar Andrea Aguilera, Lidia Casas y Francisca Vargas, “La violencia sexual en contra de mujeres migrantes en su trayecto migratorio hacia Chile”, Santiago, Universidad Diego Portales, en *Los efectos de la violencia sexual en contra de niñas y mujeres*, 2018, pp. 128-129.

37 *La Segunda*: Natalia Ramos Rojas, “Migrantes y coyotes: El peligroso camino para llegar a Chile” 29 de junio 2018.

38 Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de Chile, *Visa de Reunificación Familiar*, 2018. Ver en: <https://chile.gob.cl/chile/blog/haiti/puerto-principe/visa-de-reunificacion-familiar>.

tendría un costo de \$100 USD aproximadamente.³⁹ Por último, en relación a los criterios de otorgamiento de la visa, los desconocemos.

Como el visado comenzó su vigencia antes del cierre de este capítulo, no tenemos una cifra de cuántos han sido solicitados, y menos de cuántos han sido otorgados, están en estudio o han sido rechazados. Con todo, igualmente podemos hacer un análisis de este visado.

Tanto la CADH como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTMyF) y la Convención sobre los derechos del niño (CDN), establecen el derecho a la protección de la familia.⁴⁰⁻⁴¹⁻⁴²⁻⁴³ En este marco, la unión o reunificación familiar es un derecho que deriva del primero, y del cual son titulares todas las personas, sin distinción por nacionalidad o situación migratoria.

Bajo este análisis, plantear visas de reunificación familiar con un número máximo de entrega de las mismas, vulnera el derecho a la protección de la familia, por cuanto deja abierta la posibilidad de que a una cierta cantidad de personas se les prive de este derecho de manera desproporcionada, sencillamente por haberse cumplido la cuota de visas otorgadas. Esto es aún más patente al ver la cifra del saldo migratorio entre ingresos y egresos de personas haitianas en 2017, que sumó un poco más de 104.000 personas que se quedaron en Chile.⁴⁴ Por cierto, si la visa se presenta como una de carácter humanitario, lo más adecuado es dejar la posibilidad de que toda persona, haitiana en este caso, que requiera reunirse con su familia, lo pueda hacer.

Nos parece además que la no explicitación de los antecedentes o documentos que serán solicitados es una falta grave pues, aunque en un principio las personas desconocen qué requisitos deberán reunir y luego pueden saberlo tras la llamada telefónica a la OIM, nada obsta a que se hagan diferencias arbitrarias desde los distintos funcionarios que atiendan las llamadas. Probablemente los funcionarios de la OIM tienen un protocolo o listado de requisitos, por lo que sería más adecuado, a nuestro juicio, que los mismos fueran explicitados en el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de conocerlos y visualizar los criterios de otorgamiento de la visa, además de poder compararlos con los requisitos solicitados a otras nacionalidades. Lo anterior en pos de

39 Radio Cooperativa^{cl}: “Entra en vigor visa humanitaria para ‘reunificación familiar’ de inmigrantes haitianos”, 2 de julio de 2018.

40 Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

41 Artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

42 Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

43 Artículo 14 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

44 Solicitud de acceso a la información N° AD010T0004294 respondida por la Policía de Investigaciones de Chile, con fecha 11 de mayo de 2018, mediante correo electrónico.

cumplir con la igualdad de la que gozan todas las personas, en este caso, todas las personas extranjeras que deseen venir a Chile conforme al artículo 24 de la CADH y 3 del PIDCP, entre otros.

En relación a los requisitos para presentar la solicitud, se estaría pidiendo un certificado médico que acredite que la persona que desea venir a Chile, en virtud de esta visa, no tiene enfermedades infecto-contagiosas.⁴⁵ El artículo 15 N° 5 del D.L 1.094, que establece normas sobre extranjeros en Chile, señala que se debe prohibir el ingreso al país de aquellas personas que “sufran enfermedades respecto de las cuales la autoridad sanitaria chilena determine que constituyen causal de impedimento para ingresar al territorio nacional”, y entendemos que, en general para las visas consulares, se solicita este certificado. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que debería explicitarse cuáles son las enfermedades infectocontagiosas que permiten denegar el ingreso al país de una persona haitiana en virtud de este visado, para así no dar espacio a la creación de distinciones o discriminaciones arbitrarias y propender a la efectiva protección de la familia. Conocer este listado, por cierto, serviría para poder visualizar y analizar lo anterior también a modo general, para visados consulares de todo tipo y para todas las nacionalidades.

Las visas humanitarias consisten en permisos de residencia otorgados por la administración de un Estado que tiene la potestad de conferirlos a personas que no han sido reconocidas como refugiadas o que no pueden acceder a protección complementaria en los países donde existe, pero que necesitan de algún tipo de amparo.⁴⁶ Si la visa en cuestión se presenta como una visa de este tipo, entendemos que se está pensando en aquellas personas que requieren reunirse con sus familiares y, en ese sentido, necesitan proteger la unión de su familia. Al tener este carácter, una visa o permiso de residencia no puede, en ningún caso y en ningún país, costar un monto cercano a los \$100 USD. Lo anterior se agrava si pensamos que Haití es la nación con menor desarrollo humano de la región.⁴⁷

Con todo lo señalado, a pesar de nuestro desacuerdo con las visas de carácter consular, creemos que, a falta de otra alternativa, la

45 Radio Cooperativa.cl: “Entra en vigor visa humanitaria para ‘reunificación familiar’ de inmigrantes haitianos”. 2 de julio de 2018.

46 ACNUR, *Buena práctica 28: Protección complementaria y visas humanitarias*, p. 6, disponible en: http://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9304.pdf.

47 Según el informe año 2016 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Haití es el país de la región con la tasa más baja de desarrollo humano, posicionándose en el puesto 26 de 26. A nivel mundial, ocupa el puesto 163 de 188. Ver United Nations Development Programme, *Human Development Report 2016: Human Development for Everyone*, 2016, http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016_human_development_report.pdf.

presente visación no debería tener un límite de cantidad de otorgamientos, pues toda persona tiene derecho a la protección de la familia y reunificación familiar. Como señaló una de nuestras entrevistadas “no se puede limitar el deseo de las familias a estar juntas”. Asimismo, sus requisitos debieran ser claros y explícitos y enfocarse en los motivos de reunificación familiar y no en otros, y no debiera tener un costo tan elevado. En el mismo sentido, los requisitos para su otorgamiento, que desconocemos, deberían poner como foco principal los lazos familiares.

Visa de responsabilidad democrática para ciudadanos y ciudadanas provenientes de Venezuela

Esta visa especial fue creada mediante Oficio Circular N° 96, del 9 de abril de 2018, firmado por el subsecretario de Relaciones Exteriores. Es un permiso de residencia de carácter humanitario, sin una cuota máxima de entrega, que se añade, para ciudadanas y ciudadanos venezolanos, a los demás tipos de visas existentes en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, las personas venezolanas pueden, bajo la legislación vigente, continuar ingresando a Chile como turistas, otorgándoseles permiso de turismo en la frontera chilena, y cambiar de estatus migratorio al interior del país, solicitando cualquier tipo de permiso de residencia existente. Asimismo, quienes tengan necesidad de protección internacional, pueden solicitar asilo conforme a la Ley 20.430 y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, tratado internacional ratificado por Chile. En este contexto, la visa de responsabilidad democrática es un permiso de residencia consular adicional, pero no obligatorio para venir a Chile.

La visa en cuestión tiene los requisitos mencionados en el cuadro 1 precedente, y, al 31 de mayo de 2018, había sido solicitada por 31.290 personas. De estas fueron otorgadas 3.979, y 3.977 fueron rechazadas.⁴⁸

Desde el derecho internacional de los derechos humanos, ninguna persona puede ser devuelta al país donde pudiera sufrir tortura o correr peligro su vida, libertad o seguridad. Esto se conoce como el principio de no devolución y es un principio general del derecho o de *ius cogens*.⁴⁹⁻⁵⁰ Este principio, además, se encuentra consagrado, por ejemplo, en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los

48 Información obtenida mediante respuesta de fecha 15 de junio de 2018 a solicitud de acceso a la información N° AC001T0001160 hecha al Ministerio de Relaciones Exteriores chileno.

49 Agencia de la ONU para los Refugiados, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, párr. 21.

50 Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, *Observación General No. 29, Artículo 4: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párrafo 11.

Refugiados, artículo 22 N° 8 de la CADH, artículo 7 del PIDCP y artículo 3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Este principio es piedra angular de la protección de personas refugiadas sobre la base de la mencionada Convención sobre el estatuto de los refugiados. En la misma Convención se establece que toda persona que tenga un fundado temor de ser perseguida por motivos de su raza, nacionalidad, religión, opinión política o pertenencia a determinado grupo social, y que a causa de dichos temores se encuentre fuera de su país de origen y no quiera o no pueda acogerse a la protección de su Estado,⁵¹ puede ejercer su derecho a buscar y recibir asilo, consagrado en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 22 N° 7 de la CADH.

La definición antes mencionada se amplió, en el sentido de los motivos de huida del país, en la Declaración de Cartagena de 1984, en donde los estados americanos señalaron que la definición anterior no contemplaba las situaciones contextuales de violencia o conflictos que estaban sucediendo en la región. Esta definición señala que son refugiadas también las personas que hayan huido de su país de nacionalidad o residencia habitual a causa de la violencia generalizada, los conflictos internos, la agresión extranjera, la violación masiva a los derechos humanos u otras circunstancias que hayan alterado gravemente el orden público. Algunos países, como Chile, han incorporado esta definición, que en principio no es estrictamente vinculante, dentro de sus normativas legales internas, volviéndose la misma, de esta forma, vinculante.

Así, cualquier persona que se encuentre en estas circunstancias puede salir de su país de origen y solicitar asilo, debiendo ser estudiado su caso conforme a las garantías de un debido proceso.⁵²

Por su parte, algunos países han establecido mecanismos de protección complementaria para personas que “no son reconocidas como refugiadas pero cuyo retorno sería contrario a obligaciones generales sobre la no devolución, contenidas en diferentes instrumentos de derechos humanos”,⁵³ que mencionamos precedentemente.

La visa estudiada, a nuestro juicio, es innecesaria e inadecuada, y crea una situación especial para personas venezolanas que, de un lado,

51 Esta corresponde a la definición clásica de persona refugiada, consagrada en el artículo 1 de la mencionada Convención.

52 Corte IDH, *Caso familia Pacheco Tineo contra Estado Plurinacional de Bolivia*, sentencia de 25 de noviembre de 2013, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 154.

53 ACNUR, *Buena práctica 28: Protección complementaria y visas humanitarias*, p. 6, disponible en: http://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9304.pdf.

las confunde y, por otro, las pone en una calidad aparentemente privilegiada frente a personas de otras nacionalidades que también vienen de contextos de conflicto o violación masiva a los derechos humanos. Explicaremos estos aspectos a continuación.

Esta visa resulta innecesaria porque en Chile cualquier persona proveniente de Venezuela que se ha desplazado por motivos forzados, o ha huido por persecución, o a raíz del contexto social y político de su país,⁵⁴⁻⁵⁵⁻⁵⁶⁻⁵⁷ puede venir y, ya desde la frontera, manifestar sus necesidades de protección internacional, solicitando asilo allí mismo, o una vez que esté dentro del territorio nacional. Esto se liga con la confusión que como Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados hemos podido observar en nuestra atención jurídica, en donde las personas de esta nacionalidad piensan que ahora la única manera de venir a Chile es mediante la visa en cuestión, quedando proscritas las otras opciones. Así, creemos que esta visa debilita la institución del asilo. Esta apreciación es señalada de diversas formas por 3 de las 4 personas entrevistadas que se refirieron en particular a esta visación.

Por cierto, y en relación con esto, quisiéramos llamar la atención respecto al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado. Ya desde 2012 que venimos evidenciando algunos problemas en relación a prácticas de admisibilidad ilegales en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.⁵⁸ Este año, pese a que el gobierno ha indicado que “expresa su solidaridad con el pueblo venezolano y reitera su voluntad y compromiso para brindar asistencia y protección a los venezolanos que han dejado su país, así como apoyo a quienes permanecen en él”,⁵⁹ en la práctica, hemos tenido conocimiento de casos de personas de esa nacionalidad a quienes no se les ha permitido ingresar al procedimiento de asilo por ejemplo, por no contar con documentos suficientes a juicio del funcionario o funcionaria que le entrevista; porque el relato de la persona es insuficiente, o porque tiene la opción de solicitar otros permisos de residencia migratorios.⁶⁰ Lo

54 Recordemos que es un hecho público y notorio que en Venezuela existe un contexto de violencia y de violación masiva a los derechos humanos.

55 Human Rights Watch, *Arremetida contra opositores: Brutalidad, tortura y persecución política en Venezuela*, 29 de noviembre de 2017.

56 Organización de los Estados Americanos, *CIDH presenta informe sobre la situación de derechos humanos en Venezuela*, 12 de febrero 2018.

57 CIDH, *Informe de país Venezuela: Situación de derechos humanos en Venezuela*, 2018.

58 Helena Olea, “Refugiados en Chile: análisis de la ley 20.430 y su reglamento”, en Alberto Coddou (ed.), *Informe 2012, Santiago*, Universidad Diego Portales, p. 124.

59 Gobierno de Chile, *Declaración del Gobierno de Chile respecto del proceso electoral en Venezuela*, disponible en: <https://www.gob.cl/noticias/declaracion-del-gobierno-de-chile-respecto-del-proceso-electoral-en-venezuela/>.

60 Esta información la hemos obtenido directamente de personas venezolanas que hemos atendido en la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

anterior es ilegal y contradictorio con lo que el gobierno ha expresado en sus comunicados sobre la creación de esta visa especial de responsabilidad democrática.

Aunque quisiéramos pensar que esta visa podría ser de protección complementaria, lo cierto es que no se plantea en los términos que ha señalado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, es decir, no se establece para aquellas personas que no han sido reconocidas como refugiadas, pero que no pueden regresar a su país de origen. Lo anterior por cuanto, al ser la visa de carácter consular, y solicitarse en el país de origen, no hay forma de que la persona en la práctica, se encuentre fuera de su país, no haya sido reconocida como refugiada y no pueda regresar a dicha nación, pues esto implica, precisamente, estar fuera del país de origen, cuestión que no ocurre en el presente caso. Así, la opción de elegir esta visa (versus elegir salir del país y solicitar asilo) es una decisión anterior a su salida. A esto se suman algunas otras cuestiones:

- De la lectura del Oficio Circular que establece esta visa, no se entiende que la autoridad evaluará las necesidades de protección internacional de la persona, o considerará el hecho de que necesita salir porque no puede estar en Venezuela ya que su vida, libertad o seguridad se encuentran en riesgo.⁶¹
- El hecho de que la visa sea de carácter consular provoca que una persona perseguida o que requiere escapar se arriesgue a ser cuestionada u hostigada por solicitar la visa de responsabilidad democrática, aunque la solicitud sea online, porque lo cierto es que frente a dudas o consultas las personas irán al Consulado de Chile. Si el gobierno de Venezuela o un agente no estatal se entera de que la persona ha solicitado la visa o pretende hacerlo, y en razón de ello decide perseguir a la persona, no hay forma de que Chile la proteja, que es justamente el propósito de esta visa especial.
- En Venezuela es sabido que el acceso a internet se encuentra limitado (solo está disponible algunas horas al día),⁶²⁻⁶³ y que los pasaportes no siempre son entregados a sus nacionales, tanto por

61 Al respecto, el mencionado Of. Circular, en su numeral 6, señala que la solicitud de visa debe estar acompañada de la documentación “aplicable al caso”, y con ello se podrá solicitar una visa de residencia conforme a lo establecido en el Acuerdo sobre Residencia de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, y las instrucciones para su aplicación.

62 *El Nacional*: “Internet no navega en el mar de la felicidad”, 1 de abril de 2018.; y *La Tercera*: “La odisea de los venezolanos que buscan salir de su país para llegar a Chile”, 28 de mayo 2018.

63 Esto mismo nos han señalado diversas personas de esta nacionalidad atendidas en la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

motivos de falta de papel⁶⁴ como de persecución política,⁶⁵ por lo que pretender proteger a las personas de esta nacionalidad mediante una visa consular humanitaria no tiene sentido. Al respecto, las solicitudes de asilo no requieren acceso a internet ni contar, necesariamente, con pasaporte.⁶⁶

Consideramos, además, que esta visa pone a las personas venezolanas en una situación diferente frente a otras que igualmente requieren venir a Chile porque en sus países hay crisis democráticas u otras circunstancias graves. Nos preguntamos, ¿por qué no crear una visa humanitaria en sentido amplio para Haití, que es uno de los países más pobres de la región?, ¿por qué no crear una visa especial para personas provenientes de Nicaragua, o del triángulo norte de Centro América? La diferenciación que se hace con las personas de Venezuela en relación a otros países no nos parece pertinente.

En principio, sugerimos la eliminación de este visado por todos los motivos mencionados. Sin embargo, se haga esto o no, nos parece que, de todas formas, el Estado de Chile debe fortalecer la figura del asilo y terminar con las prácticas de admisibilidad ilegales que se llevan a cabo en el procedimiento de asilo por parte de la administración del Estado, cuestión de la que hemos sido testigos directos en el trabajo de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

1.3.2 Supresión de visa temporaria por motivos laborales

Los tipos de visas en Chile nacen de la ley vigente, el mencionado Decreto Ley 1.094, de 1975, pero se determinan administrativamente. En este sentido, en 2015 el gobierno de turno creó un nuevo tipo de visa temporaria, “por motivos laborales”, que permitía a las personas que consiguieran un trabajo y firmaran un contrato laboral con cláusulas especiales para extranjeros/as, acceder a un permiso de residencia temporal de un año.⁶⁷ Esta visa vino a suplir las falencias de la visa sujeta a contrato, aún existente en la actualidad, que permite obtener el permiso de residencia bajo similares condiciones que

64 BBC.cl: “Por qué el gobierno de Venezuela prorroga por dos años los pasaportes vencidos”, 10 de octubre de 2017.

65 Esto nos ha sido relatado por diversas personas de esta nacionalidad atendidas en la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

66 De hecho, es de nuestro conocimiento que a las personas solicitantes de asilo que no tienen pasaporte, se les permite ingresar al procedimiento de asilo con su cédula de identidad venezolana o luego de realizar un proceso de filiación ante el registro civil para comprobar su identidad, estampándosele la residencia temporaria de solicitante de asilo o la permanencia definitiva si la persona es reconocida como refugiada en un “título de residencia” que reemplaza al pasaporte.

67 Circular N° 07 de fecha 26 de febrero de 2015, del Departamento de Extranjería y Migración.

lo recién explicado, salvo que dentro de las cláusulas especiales del contrato se encuentra la obligación del empleador de pagar un pasaje al trabajador de vuelta a su país de origen (u otro que se convenga) en caso de terminar el contrato. Lo anterior se conoce como cláusula de viaje y provocaba, cuando era utilizada mayoritariamente, una gran abstención de parte de los empleadores de contratar personas migrantes, con el consecuente abuso al traer aparejado el trabajo precario sin contratación.⁶⁸ A lo anterior se añade el hecho de que si el contrato de trabajo termina, la persona tiene 30 días para presentar un nuevo contrato ante la autoridad migratoria a fin de conservar su visa, cuestión que si no hace provoca el término automático de su permiso de residencia. Al respecto, nos parece que el plazo de 30 días para encontrar un nuevo trabajo es poco realista y muy breve.

Pues bien, a partir del 23 de abril de 2018, la visa temporaria por motivos laborales dejó de existir, según lo anunciado por el gobierno, materializado en la Circular N° 08 de fecha 20 de abril de 2018, del Departamento de Extranjería y Migración. Lo anterior trajo como consecuencia que toda persona que quiera quedarse en Chile por motivos de trabajo, y no tenga un título profesional, vínculos u otras circunstancias especiales, puede cambiar su estatus migratorio mediante la visa sujeta a contrato, con todos los problemas que la misma trae consigo, anteriormente mencionados.

Desconocemos las razones que llevaron a la autoridad a hacer esta modificación, pues lo único que se ha señalado es que la antigua visa temporaria por motivos laborales era la más solicitada por las personas migrantes.⁶⁹ Al respecto, en 2016, este permiso de residencia fue solicitado por 117.495 personas y otorgado a 98.752, y en el año 2017, fue solicitado por 170.614 personas, y otorgado a 140.820.⁷⁰

En relación con esto, creemos, junto a nuestros entrevistados y entrevistadas, que la eliminación de la visa temporaria por motivos laborales fue inadecuada, pues retrotrae la situación a la de tener que solicitar la criticada visa sujeta a contrato en caso de que una persona

68 Esto puede evidenciarse en Helena Olea, "Derechos de los Migrantes y Refugiados", en Jorge Contesse (ed), *Informe 2009*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2009, p. 268. Es la misma información que tenemos sobre la base de nuestra experiencia práctica en la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

69 Revisar en https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva_ley_de_migracion.pdf. Al respecto, solicitamos mediante acceso a la información pública los "oficios, informes o comunicaciones internas que expliquen la motivación de la eliminación de la visa temporaria por motivos laborales", y se nos respondió otorgándonos la Circular N° 08 de fecha 20 de abril de 2018, anteriormente mencionada, donde nada se señala sobre los fundamentos de dicha eliminación, sino más bien se dan instrucciones relativas a la situación.

70 Información obtenida mediante Ord. N° 17.413 de fecha 27 de junio de 2018, del Departamento de Extranjería y Migración, en respuesta a solicitud de acceso a la información N° AB001W0008943.

desea regularizar su situación migratoria en Chile sobre la base de tener un trabajo.

En esta línea, la Corte IDH ha indicado que “no es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaleciendo de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado”.⁷¹ Lamentablemente, como señalamos, la visa sujeta a contrato es fuente de contratación ilegal y abuso, cuestión que el Estado debe evitar y no puede tolerar. Lo anterior, sumado a la razonabilidad que las distinciones que hagan los Estados deben tener, criterio fijado por la misma Corte y mencionado anteriormente,⁷² dan cuenta, a nuestro juicio, de que la eliminación de la visa temporaria por motivos laborales contraviene los estándares internacionales de derechos humanos en esta materia.

Con todo, recomendamos al Estado la re-incorporación de la visa temporaria por motivos laborales, para que, mientras siga vigente la legislación actual, la misma pueda ser solicitada por las personas migrantes.

1.4 Procedimiento de regularización migratoria extraordinario

El procedimiento de regularización migratoria extraordinario era esperado desde hace bastante tiempo por la sociedad civil. El proceso, establecido mediante resolución exenta 1.965 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de fecha 9 de abril de 2018 y complementado por resolución exenta 2.225 de la misma autoridad, de fecha 2 de mayo de 2018, está pensado para que personas con ingreso clandestino, turismo o permiso de residencia vencido, y otras circunstancias particulares,⁷³ sin antecedentes penales y con ingreso a Chile antes del 8 de abril de 2018, puedan acceder a un permiso de residencia temporario de un año. Consta de dos etapas: inscripción, que tuvo un plazo de 1 a 3 meses dependiendo de las circunstancias de la persona;⁷⁴ y procesamiento que durará, según lo señalado por el gobierno, máximo 1 año a contar del 23 de julio de 2018.

71 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, decisión de 17 de septiembre de 2003, párr. 170.

72 *Ibid.*, párr. 168.

73 Estas circunstancias son: extranjeros residentes que desarrollen actividades remuneradas sin contar con las autorizaciones correspondiente, aquellos extranjeros con una solicitud de visación de residencia o reconsideración en actual trámite y a toda persona que al 8 de abril se encontrara con permiso de turismo vigente. Todo lo anterior bajo la condición de que las personas no tengan antecedentes penales.

74 El plazo iba desde el 23 de abril al 23 de mayo de 2018 para personas con ingreso clandestino, y desde el 23 de abril hasta el 23 de julio de 2018 para aquellas personas que se encontraban en el resto de las circunstancias.

Según datos proporcionados por la autoridad, el 23 de julio de 2018, finalizó el proceso con 155.707 personas inscritas, siendo Haití, Venezuela y Perú las tres nacionalidades que lideran las inscripciones. Así, son 49.828 las personas haitianas inscritas, 31.682 las venezolanas y 22.819 las peruanas. Del total de inscripciones, el 57,5% fueron efectuadas en la Región Metropolitana, y la mayoría corresponde a personas de sexo masculino y a mayores de edad.⁷⁵ De todas las personas inscritas, solo 12.657 se inscribieron habiendo ingresado a Chile por un paso no habilitado.⁷⁶ Con todo, el 27 de junio de 2018, en un proceso anticipado, el gobierno otorgó visa temporaria en el marco de este procedimiento a 3.000 personas.⁷⁷

Al respecto, quisiéramos mencionar una situación que nos llamó la atención y que tiene que ver con el lenguaje utilizado por el gobierno en esta entrega anticipada de visas. “¡¡Felicitaciones!!, usted ha sido seleccionado para participar de una etapa anticipada del proceso de regularización migratoria extraordinario...”, anunciaba un e-mail que le llegó a una persona extranjera inscrita en el proceso en cuestión.⁷⁸ La regularización migratoria forma parte del derecho a residir legalmente en un país, que nace del derecho a la circulación y residencia,⁷⁹ y no es un beneficio o regalo otorgado por los Estados. Creemos que el uso de este tipo de lenguaje es inadecuado pues no reconoce el derecho mencionado, tratándolo más bien como un regalo o favor.

En cuanto a estándares internacionales sobre la materia, ya hemos mencionado que el derecho a la regularización migratoria deviene del derecho a la libre circulación. Además,⁸⁰ la CTMyF estableció que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” y que “los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista”.⁸¹

75 *La Tercera*: “Solicitudes de regularización llegan a la mitad de las estimaciones”, 25 de julio 2018.

76 Esta información fue obtenida del “Balance cuatro meses proceso de regularización migratoria”, recibido mediante correo electrónico, cuyo remitente fue la Organización Internacional para Migraciones (OIM).

77 T13.cl: “Piñera entrega visas de regularización migratoria y dice que expulsiones puntuales son ‘coherentes’”, 27 de junio 2018.

78 Mención a Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior del gobierno de Chile, revisar en: <https://twitter.com/DptoExtranjeria/status/1011612982827212800?s=08>.

79 Artículo 22 N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 12 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

80 Las ideas aquí mencionadas han sido tomadas de manera literal del documento “Pacto global para las migraciones, recomendaciones para un pacto con enfoque de derechos”, elaborado con aportes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Fundar Centro de análisis e investigación, Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF), Conectas, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y Asylum Access.

81 Artículos 24 y 69 de la Convención mencionada, respectivamente.

Por su parte, la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de Naciones Unidas destacó que "...la creación de oportunidades para regularizar la situación de migrantes no documentados constituye, a su juicio, una alternativa, basada en los derechos, a la gestión de la migración irregular sin recurrir a su penalización".⁸²

La Declaración de Principios Migratorios y Lineamientos Generales de la Conferencia Sudamericana de Migraciones determinó "destacar los convenios de regularización migratoria suscritos entre Estados miembros de la Conferencia y alentar la negociación y firma de nuevos convenios, políticas normativas, programas de cooperación y cursos de acción que faciliten dicha regularización".⁸³

Sobre la base de lo anterior, consideramos que este proceso es adecuado y beneficioso tanto para las personas migrantes y la protección de sus derechos humanos, como para el país en su conjunto, pues tener en su territorio a personas migrantes en situación migratoria regular le permite al Estado conocer quiénes están en su territorio y que estos puedan, en mayor cantidad, por ejemplo, cotizar y pagar impuestos. Así, el procedimiento de regularización migratoria satisface, en principio, los estándares internacionales sobre la materia que hablan de promover la regularización migratoria de las personas migrantes.⁸⁴

Con todo, el proceso no ha estado exento de falencias, particularmente en relación a la poca y confusa información que se entregó en un principio,⁸⁵ y a algunas circunstancias particulares. En relación a estas últimas, encontramos, por ejemplo, la afectación, en algunos casos, de la presunción de inocencia, pues no pudieron ingresar al proceso quienes se encontraban actualmente procesados (en lenguaje jurídico chileno sería "imputados") por un simple delito o crimen, a pesar de que no haya una condena. Al respecto, tanto la CADH como el PIDCP prescriben que toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta no ser acreditada su culpabilidad.⁸⁶ Así, el procedimiento de regularización migratoria extraordinario no satisface los estándares internacionales en materia de debido proceso.

En el mismo orden de ideas, el procedimiento en cuestión no satisface el principio de proporcionalidad, pues deja fuera a toda persona

82 Naciones Unidas, *A/65/222*, 3 de agosto de 2010, párr. 56.

83 Novena Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, 21 y 22 de septiembre de 2009, párr. 5.

84 De hecho, este principio ha sido recogido por el actual proyecto de ley de migración y extranjería discutido ante el Congreso Nacional.

85 Lo que pudimos observar directamente en nuestro trabajo como Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales. Esto también fue manifestado por las personas entrevistadas para la presente sección.

86 Artículo 8 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

con “antecedentes penales”, con independencia de la gravedad y características del delito, o del cumplimiento de condenas o extinción de penas. Eso último implica, además, una contravención al principio del *non bis in idem*, pues, en el fondo, se castiga a una persona por el hecho de haber sido previamente condenada, mediante la imposibilidad de acogerse al procedimiento. Sobre este particular, somos conscientes de que de todas maneras es algo discutible, y no podemos afirmar que deba exigirse de un Estado que no contemple como excepción a un proceso de regularización a personas que tengan antecedentes penales.

Así, creemos que lo que sí era exigible al Estado era no contemplar, entre quienes no se podían inscribir en el proceso, a las personas actualmente procesadas sin condena y sin ser requeridas por alguna autoridad de su país, así como el hecho de haber distinguido entre tipos y gravedad de delitos a la hora de delimitar quiénes pueden o no pueden inscribirse en el proceso en cuestión.

Una segunda falencia, que pudimos observar y que fue mencionada por 4 de las personas entrevistadas en el marco de esta investigación, guarda relación con la falta de un permiso de trabajo para las personas migrantes inscritas en el proceso, mientras dura el mismo.

Las personas inscritas no pueden ser expulsadas del país, y aquellas que ya tienen una medida de expulsión dictada en su contra tienen los efectos de la misma suspendidos. No obstante, no pueden trabajar regularmente mientras dura el proceso, que para algunas personas se prolongó solo un par de meses, pero para otras, según lo anunciado por el gobierno a inicios de esta reforma, podría durar algo más de un año. Eso implica extender la precariedad laboral en que las personas migrantes se encuentran, pues quienes trabajan ilegalmente tendrán que seguir haciéndolo —cuestión que, aunque ilegal, es una realidad—, y quienes deseen trabajar para mantenerse económicamente mientras dura el proceso, también deberán realizarlo de manera irregular. Esta falencia vulnera los estándares internacionales en la materia fijados por la Corte IDH mencionados con anterioridad, en relación a que un Estado no puede tolerar la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores,⁸⁷ la cual deviene precisamente de la situación migratoria de estos.

Con todo, a estas alturas, las recomendaciones que podemos hacer son: primero, que el gobierno implemente, en el tiempo que resta del proceso en cuestión, un permiso de trabajo para aquellas personas inscritas. Segundo, que procure que el procedimiento dure lo menos posible.

87 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, decisión de 17 de septiembre de 2003, párr. 170.

En ese sentido, destacamos la entrega anticipada de 3.000 visas. Por último, y aunque no será desarrollado en el presente capítulo, llamamos al Estado a procurar la existencia de normas de debido proceso y de promoción de la regularización migratoria que permitan a personas que hayan ingresado regular o irregularmente al país, con posterioridad al 8 de abril de 2018, que tengan ciertos antecedentes penales o de arraigo (familiar, laboral u otro), regularizar su situación migratoria.

1.5 Reactivación de proyecto de ley de migración y extranjería

El proyecto de ley de migración y extranjería actualmente discutido en el Congreso Nacional, fue presentado inicialmente el 4 de junio de 2013 mediante Boletín 8970-06. El mismo registró movimientos hasta el 25 de septiembre de 2014, momento en el cual se encontraba en primer trámite constitucional. Luego de una silenciosa estadía, el 13 de marzo de 2018, el actual Presidente de la República puso sobre el proyecto urgencia simple, renovándose así la tramitación del mismo. Por su parte, el 9 de abril de 2018 el gobierno presentó indicaciones al mencionado proyecto, actualizándolo en algunas cuestiones y modificando la institucionalidad migratoria y otros aspectos del mismo.

Un análisis en profundidad de este proyecto de ley y su adecuación a estándares internacionales de derechos humanos, así como de recomendaciones al respecto, será efectuado en el capítulo de investigación respectivo dentro del presente *Informe 2018*. Por ahora, podemos adelantar que dicha investigación da cuenta de algunos avances positivos en relación a la legislación vigente, en especial en cuanto a institucionalidad migratoria y acceso a salud y educación, a la vez que muestra retrocesos o presenta falencias, respecto a la ley vigente y/o la práctica administrativa y a los estándares de derechos humanos sobre la materia, dentro del acceso a los derechos mencionados y otros derechos económicos, sociales y culturales, derechos civiles y políticos, debido proceso, medidas de expulsión, entre otros aspectos. Estos elementos deben ser estudiados y modificados a fin de respetar, promover y proteger los derechos humanos de las personas migrantes.

CONCLUSIONES

Los cambios migratorios ocurridos en Chile en el período estudiado (año 2017 y primer semestre de 2018), dan cuenta de la falta de una política migratoria en Chile, pese a que los distintos gobiernos han tenido el espacio para imponer su visión respecto al tema de las migraciones, sin tener límites claros para hacerlo en un sentido o en otro, y contribuir con ello al bien común. Los cambios que se han producido no han formado parte de un lineamiento estatal uniforme ni tampoco ha habido una línea gubernamental respecto del tema. Por el contrario,

los cambios migratorios han aparecido por el esfuerzo o decisión autónoma de una institución o autoridad, y no como parte de un trabajo que involucre a los distintos poderes del Estado y a la mayor cantidad de instituciones.

En relación al primer hito estudiado, esto es, la creación de la visa especial para niños, niñas y adolescentes a través del programa “Chile Te Recibe”, consideramos que esta respeta y promueve los estándares internacionales de derechos humanos relacionados a los derechos de este grupo de personas. Sin embargo, encontramos algunas falencias en que el Estado debiera trabajar a fin de que todos los niños y niñas, con verdadera independencia de la situación migratoria de sus padres o cuidadores, puedan regularizar su situación migratoria, cuestión que en sí misma les protege y aleja de situaciones de vulnerabilidad.

La creación del protocolo que crea una visa especial para personas víctimas del delito de tráfico ilícito de migrantes es también un gran avance que, en teoría y en los casos en que se aplica, satisface los estándares internacionales de protección. Existen, en todo caso, algunos problemas asociados al conocimiento e información respecto de este permiso de residencia, y a la legitimación activa de quienes pueden solicitarlo, dejando en situación de precariedad a aquellas personas afectadas por el delito de tráfico de migrantes, quienes dependen de la voluntad del Ministerio Público para regularizar su situación migratoria.

En lo referido a la creación de nuevas visas, en abril de 2018, y a la supresión de la visa temporaria por motivos laborales, hemos llegado a la conclusión de que las mismas no han resultado, finalmente, beneficiosas para las personas migrantes ni satisfacen los estándares internacionales de derechos humanos en la materia. Así, la visa consular de turismo simple impuesta a las personas de nacionalidad haitiana es una medida que contraviene el derecho internacional de los derechos humanos, por carecer de razonabilidad y ser arbitraria. Por su parte, la visa de reunificación familiar establecida para las personas de la misma nacionalidad, aunque es una buena idea, limita el ejercicio del derecho a la protección de la familia de todas aquellas personas que presenten su solicitud luego de otorgada la cuota de este tipo de visas fijada por el gobierno. Además, al no estar claros los requisitos para solicitarla, se pone en riesgo el derecho a la igualdad del cual gozan todas las personas. Esta visa tiene un valor muy costoso, por lo que el carácter de humanitario con el cual se presenta carece de sentido y deja sin posibilidad de acceder a ella a las personas que no cuenten con el dinero que se exige para su solicitud y tramitación. Por último, la visa de responsabilidad democrática es de difícil acceso en la práctica, debilita la institución del asilo y no tiene las características de una visa humanitaria de protección complementaria, lo que la vuelve innecesaria e inadecuada.

Del análisis del procedimiento de regularización migratoria extraordinario iniciado en el actual gobierno, pudimos llegar a la conclusión de que el mismo representa un gran avance en la promoción de la regularización migratoria de las personas, satisfaciendo, en esta parte, los estándares internacionales en la materia. Sin embargo, contiene algunas falencias asociadas a la presunción de inocencia y protección de los derechos de los trabajadores, respecto de las cuales no podemos decir lo mismo.

Por último, en lo relativo a la reactivación del proyecto de ley de migración y extranjería a partir del presente año, hemos señalado que un análisis en profundidad del mismo y su adecuación a estándares internacionales de derechos humanos puede ser encontrado en el capítulo de investigación respectivo dentro del presente *Informe 2018*. Sin embargo, adelantamos que existían a nuestro juicio algunos avances positivos en relación a la legislación vigente, en especial en cuanto a institucionalidad migratoria y acceso a salud y educación, a la vez que se retrocedía o existen falencias, respecto a la ley vigente y/o la práctica administrativa, en cuanto al acceso a los derechos mencionados y otros derechos económicos, sociales y culturales, derechos civiles y políticos, debido proceso, expulsiones, entre otros.

RECOMENDACIONES

1. Eliminar límite de cantidad de otorgamientos de visa humanitaria de reunificación familiar para personas provenientes de Haití. En el mismo sentido, los requisitos para su otorgamiento deben ser claros y poner como foco principal los lazos familiares y no el sustento económico o situación de salud de quien la solicita, y el valor de la visa no debiera ser tan elevado.
2. Eliminar la visa de responsabilidad democrática establecida para personas nacionales de Venezuela y fortalecer la figura del asilo en Chile.
3. Reincorporar la visa temporaria por motivos laborales mientras siga vigente la legislación actual.
4. Revisar los requisitos de la visa especial para niños, niñas y adolescentes, de manera tal de no exigir un ingreso regular al país, compañía o situación migratoria regular de tutores o cuidadores. En este sentido, continuar el trabajo y coordinaciones en el marco del proyecto “Chile Te Recibe”.
5. Incorporar, también mediante indicación al proyecto de ley de migración y extranjería, el hecho de ser víctima del delito de tráfico ilícito de migrantes como criterio para otorgar permisos de residencia, contemplando este permiso de residencia también

para testigos, sus familiares y personas cercanas cuando corresponda. Modificar el protocolo que crea la visa especial para personas afectadas por el delito de tráfico ilícito de migrantes, de modo tal que la misma persona afectada pueda también solicitar el permiso de residencia en cuestión.

6. Repensar el sistema de visados, de manera tal que los mismos respeten los estándares internacionales sobre derechos humanos, y sean adecuados a la realidad de los flujos migratorios del país, no creando nuevas visas consulares de turismo simple, al menos para las nacionalidades que representan altos flujos migratorios hacia Chile, pues ello puede devenir en aumento de ingresos irregulares al país y fortalecimiento de redes de tráfico y trata de personas. Eliminar la visa consular de turismo simple para personas nacionales de Haití.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN¹

- 1 Sección escrita por Enrique Petar Rajevic Mosler. El autor agradece la colaboración de los alumnos ayudantes de la Facultad de Derecho UDP Kurt Scheel y Alonzo Ramírez en la pesquisa de los hechos y sucesos relevantes del periodo analizado.

SÍNTESIS

La sección analiza la situación del derecho a la información y de la libertad de expresión en el periodo bajo análisis. Respecto a la primera se destaca la situación de la reforma constitucional sobre acceso a la información, los principales casos judiciales y la situación de falta de transparencia del Senado por los informes de asesorías. En cuanto a la segunda se describe la situación del mercado de medios de comunicación, las restricciones al acceso de los medios al mundo político, las querellas contra autores de publicaciones, y las restricciones al acceso en casos de lavados de dinero y corrupción.

PALABRAS CLAVES: derecho a la información, secreto, transparencia, control social, libertad de expresión, pluralismo de medios de comunicación, democracia.

INTRODUCCIÓN

La circulación fluida y oportuna de información veraz es clave para lograr una deliberación pública que permita ponderar los diversos y muchas veces contrapuestos intereses presentes en la sociedad, o al menos para aproximarse a ese ideal que es consustancial a una democracia, esto es, a un régimen de gobierno que supone la igual dignidad de las personas. De lo contrario, las diferencias de hecho que existen entre los sujetos, y que generan posiciones de poder desiguales, se intensifican al punto de impedirnos distinguir la realidad. De allí que sea relevante hacer seguimiento, análisis y crítica a la situación del derecho de acceso a la información y la libertad de expresión, objeto de esta sección. Hay que reconocer que como país hemos avanzado significativamente en ambos derechos tras sentencias de la Corte IDH en casos como *La Última tentación de Cristo* (2001), *Palamara Iribarne* (2005) o *Claude Reyes* (2006), que en la década pasada pusieron de relieve nuestras carencias. Pero los avances, entre los que destaca la Ley de Acceso a la Información Pública (2008), nos exigen ser más agudos para calibrar el real estado de estos derechos entre nosotros. Las líneas que siguen son un esfuerzo circunscrito en esa dirección.

1. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

1.1 Síntesis

Chile cuenta desde 2008 con una Ley de Acceso a la Información Pública, la Ley 20.285,² que consagró un ente autónomo, el Consejo para la Transparencia, con el propósito de resguardar su cumplimiento en el ámbito administrativo. A 10 años de la entrada en vigencia de la ley, se ha extendido el ejercicio de este derecho cambiando drásticamente el panorama que describía la sentencia de la Corte IDH en el caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, de 2006, generándose una copiosa

2 Publicada en el D.O. del 20 de agosto de 2008.

jurisprudencia.³ Lo anterior es producto de una ambiciosa política pública que ya revisaron los *Informes* de 2009 y 2010 y que ha tenido efectos muy positivos en general. Sin embargo, los hechos del periodo examinado demuestran que, pese a los avances, subsisten problemas en materia de acceso a la información que requieren ajustar el modelo para garantizar la adecuada observancia de este derecho.

1.2 Enumeración de los estándares a emplear

El marco en que nos movemos es básicamente el que surge de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Chile en 1990,⁴ que siguiendo al art. 19.2 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos, o PIDCP, de 1966, reconoce en su art. 13.1, la libertad de buscar y recibir informaciones. Esto es entendido por la Comisión IDH como el precepto que reconoce que el “acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos”, cuyo ejercicio los Estados “están obligados a garantizar” y que “sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”,⁵ algo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha profundizado señalando que:

dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla.⁶

- 3 El sistema de reportes del Consejo para la Transparencia informa que al 20 de agosto de 2018 se han presentado 503.700 solicitudes de acceso a la información a través del Portal de Transparencia, que registra información desde 2013 sin incluir a todas las entidades públicas, lo que hace que la cifra desde la vigencia de la ley sea superior. El sistema registra a la misma fecha 26.164 impugnaciones presentadas ante este Consejo (24.967 de las cuales ya fueron resueltas) y 832 reclamos judiciales contra las decisiones del Consejo, principalmente reclamos de ilegalidad, recursos de queja en contra de sus sentencias y requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.
- 4 Publicada en el D.O. del 5 de enero de 1991.
- 5 CIDH, *Declaración de principios sobre libertad de expresión*, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre del 2000, punto 4.
- 6 Corte IDH, *caso Claude Reyes y otros contra Chile*, 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 77.

Nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria ha seguido análogo camino, la primera incluso antes de la Ley de Transparencia, en 2007, al afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12° de la Constitución, como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que ese sistema político supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía.⁷ La Corte Suprema ha acogido este criterio afirmando que, en virtud de lo anterior, los órganos del Estado deben dar a conocer sus actos decisorios –tanto en sus contenidos como en sus fundamentos– y obrar con la mayor transparencia posible en los procedimientos a su cargo.⁸

A nivel regional el desarrollo de este derecho ha dado origen a una Ley modelo interamericana sobre acceso a la información⁹ y una Guía para su implementación.¹⁰ Adicionalmente, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sistematizado los deberes y obligaciones involucrados en este derecho. Sobre esta base revisaremos los hechos del periodo que examina este *Informe*.¹¹

1.3 Hechos y sucesos relevantes del periodo junio 2017/junio 2018

1.3.1 La reforma constitucional sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública en el limbo

A inicios de 2013 un grupo transversal de integrantes del Senado presentó una moción para otorgar reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública (Boletín 8805). Dos años después, las diferencias surgidas entre las Cámaras hicieron necesario generar una Comisión Mixta que las armonizara, la que demoró nada menos que dos años en lograr su objetivo. El texto resultante¹² elevaba la transparencia a la categoría de principio, enmendando con ello la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

7 Tribunal Constitucional, sentencias roles 634-2007, 9 de agosto de 2007, considerando 9°, 1990-11, del 5 de junio de 2012, considerando 25°, etc.

8 Corte Suprema, *Dirección Nacional del Servicio Civil con Consejo para la Transparencia*, Rol 6785-2013, 18 de diciembre de 2013, considerando 25°.

9 Aprobado por la AG - AG/RES. 2607 (XL-O/10), cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010.

10 Documento presentado por el grupo de expertos sobre Acceso a la Información de conformidad con la resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General. OEA/Ser.G, CP/CAJP-2841/10, 23 abril 2010.

11 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión CIDH. *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2a ed., 2011.

12 Congreso Nacional. Comisión Mixta, Boletín 8805, *Informe Complementario*, 9 de marzo de 2018.

que desde 2012 lo ha relativizado.¹³ Por otro lado, reconocía expresamente, en un nuevo inciso del art. 19 N° 12, el derecho “a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley”.¹⁴ Hasta allí el hecho parece positivo.

Sin embargo, sometido el informe a votación en el Senado el 14 de marzo de 2018, esto es, ya con sus integrantes elegidos en las elecciones de 2017, se terminó por suspender la votación que había sido abierta remitiendo nuevamente el texto a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia para un nuevo informe, algo totalmente fuera del Reglamento (y del procedimiento constitucional de formación de la ley) toda vez que la Comisión Mixta ya había emitido su informe. En rigor, se desprende de la versión taquígráfica¹⁵ que no había votos para aprobar una reforma de este tipo, registrando opiniones que estimaban preferible restringir la publicidad solo a los “actos jurídicos administrativos” y no al “desempeño que debe tener un funcionario público al ejercer sus funciones públicas” (Senador Huenchumilla), o que un texto como el propuesto podría “llegar al extremo de que las reflexiones para arribar a una conclusión sean usadas en contra de determinado servidor público”, afectando los procesos deliberativos (senadora Rincón), lo que haría preferible rechazarla (senador Guillier). De 11 participantes del debate (excluyo al senador Montes, que interviene moderando la discusión como presidente de la Corporación) apenas dos plantean un voto sin reservas (senadores Araya y Letelier), dos votarían a favor pero explicitando temores de calado (senadores Coloma y Lagos) y el resto se opone o pide la suspensión de la votación (senadora Rincón y senadores Allamand, Chahuán, García, Guillier, Huenchumilla y Pizarro). Hasta la fecha de redacción de este *Informe* la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia no ha tratado esta reforma, según consignan las tablas disponibles en la web, lo que parece presagiar que el propósito implícito es que nunca concluya su tramitación.

13 El propio Tribunal Constitucional ha dicho que esta reforma “...es una reacción a fallos de esta Magistratura, en triple sentido. En primer lugar, que el artículo 8° no establece el principio de transparencia (STC Rol N° 1990/2012). En segundo lugar, que la Constitución no consagra un derecho de acceso a la información de un modo expreso (STC Rol N° 634/2007). En tercer lugar, que la Constitución no habla de información (STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013)”. Tribunal Constitucional, sentencia rol 3111-16, 23 de marzo de 2017, considerando 24°.

14 Si bien esto habilitaría el recurso de protección, la Comisión Mixta incluye en su informe una minuta del Consejo para la Transparencia que defiende la necesidad de agotar previamente la vía administrativa en los casos de que conoce ese órgano. Congreso Nacional. Comisión Mixta Boletín 8805, *Informe Complementario*, 9 de marzo de 2018, p. 5-7.

15 Senado. Diario de sesiones. Legislatura 366ª, Sesión 2ª Ordinaria, 14 de marzo de 2018.

Paradójicamente, el 15 de mayo de 2018, se aprobó la reforma constitucional que reconoce expresamente el derecho a la protección de los datos personales,¹⁶ algo que parece sugerir que la privacidad gana terreno sobre la transparencia.

Las opiniones vertidas en la sala del Senado parecen anticipar que el problema real es el acceso ciudadano a las deliberaciones políticas, en rigor, un problema que ha estado indirectamente detrás de los casos más sonados sobre correos electrónicos, aunque el argumento para negar el acceso a ellos sea la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.¹⁷ Pensar que la introducción del principio de transparencia implique una apertura total e indiscriminada en esta materia es una exageración, especialmente considerando que este tipo de “mandatos de optimización” pueden ser perfectamente modulados por el legislador, en términos que impidan tal resultado. Así, por ejemplo, la Ley Modelo de la OEA considera dentro de las excepciones al derecho de acceso generar “un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo” a “la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre las autoridades públicas” (art. 40.b.3). Algo parecido puede encontrarse en la sección 35 de la *Freedom of Information Act* de Reino Unido, de 2000. Esta visión restrictiva es una mala noticia, porque no consolidar los avances que proponía la reforma puede auspiciar una involución y extenderse a otras materias distintas a las que parecían atribular a nuestros parlamentarios. Se trata, por ello, de un retroceso para el derecho de acceso a la información pública

1.3.2 Las negativas del Senado a entregar copia digital de los contratos de asesorías externas y los informes resultantes

En 2017 la ONG Chile Transparente solicitó a la Cámara de Diputados copia de las asesorías externas contratadas por los diputados entre noviembre de 2015 y septiembre de 2016, accediendo esta institución a entregar la información que consistió en 3.205 archivos agrupados en 1.426 carpetas.¹⁸ Esta acción, coordinada con la unidad de investigación de AhoraNoticias, noticiero del canal Megavisión, permitió detectar copias textuales de sitios de internet, documentos públicos y trabajos de terceros¹⁹ que, en muchos casos, parecían encubrir el financiamiento de otras actividades, generando un escándalo mediático y una posterior modificación del sistema de

16 Ley 21.096, de reforma constitucional, que consagra el derecho a protección de los datos personales (D.O. 16 de junio de 2018).

17 Tribunal Constitucional, sentencias roles 2153-2011, 11 de septiembre de 2012, y 2246-2011, 31 de enero de 2013.

18 Senado, *Resolución de la Comisión de Ética y Transparencia sobre la SOL007830*, de 01.08.2018, p. 4.

19 Ahorannoticias.cl: “Congreso Papers”. 6 de septiembre de 2017.

asesorías externas de la Cámara de Diputados para evitar la reiteración de estos hechos.²⁰

En contraste, la misma solicitud presentada en el Senado, que tiene su propia estructura administrativa paralela a la de la Cámara de Diputados, fue rechazada en diversas oportunidades, incluso cuando el organismo que requirió los informes fue la Fiscalía Oriente (que encabeza una investigación sobre el uso de estas asignaciones). La última solicitud al Senado fue presentada por Chile Transparente el 22 de marzo de 2018, acotándola a “todos los contratos de asesorías externas solicitadas por los honorables senadores o jefes de comités, durante los primeros y segundos semestres de los años 2015 y en caso que existan copias de todos los informes y reportes de actividades, de ser procedente, de asesorías externas contratadas en base a solicitud de los honorables senadores o jefes de comités, durante el mismo periodo antes señalado” (solicitud folio SOL007830). En la respuesta, del 19 de abril de 2018, el Senado volvió a denegar la petición argumentando “el [elevado] volumen de antecedentes que se solicitan” que impediría “proceder a la recopilación de la gran cantidad de antecedentes que solicita, para luego proceder a digitalizarlos”, citando el artículo 21 c) de la Ley de Transparencia. Agregó que los informes solo podrían entregarse previa verificación, caso a caso, de la no concurrencia de una causal de secreto, análisis que exigía consultar al o a la parlamentario/a que lo encargó.²¹ La unidad de investigación de AhoraNoticias obtuvo análogas respuestas al solicitar estos informes al Senado en peticiones sucesivas hechas entre noviembre de 2016 y marzo de 2017.²²

20 El artículo 17 del nuevo Reglamento de asesorías externas de la Cámara, aplicable desde 2018, señala que mensualmente se publicarán “en la página Web institucional, la nómina de las personas naturales o jurídicas contratadas con cargo a la Asignación de Asesorías Externas, así como la materia de la asesoría otorgada, el diputado y el monto pagado en virtud de cada contrato”. Los informes, contratos y demás antecedentes relativos a la utilización de estos recursos quedarán a disposición del Comité de Auditoría Parlamentaria “y su publicidad se regirá por lo indicado en la Ley de Transparencia”. El reglamento declara su reserva, “sin necesidad que el solicitante lo exprese, por un período de hasta treinta días contados desde su entrega a la Sección”. Añade que “Los solicitantes podrán requerir una reserva de hasta dos meses, siempre que lo expliciten al requerir la asesoría. Vencidos estos plazos, los informes y reportes de asesoría quedarán a disposición de quien solicite su consulta”.

21 La Tercera.com: “Asesorías del Senado: Chile Transparente reclama ante Comisión de Ética por negativa a entregar los informes”. 10 de mayo de 2018.

22 La primera respuesta, durante la presidencia del Senado de Ricardo Lagos Weber, explicaba igualmente que recopilar los informes “constituye una labor de largo aliento que no puede ser cumplida dentro de los plazos legales”. La respuesta a la segunda petición se excusaba de esta manera: “En consideración a que su solicitud no individualiza el informe que en particular se pide, el señor Senador y el Asesor, no pueden otorgar las respectivas autorizaciones...”. Y fue por eso que la tercera solicitud, hecha al presidente de ese entonces, Andrés Zaldívar, especificó todos esos detalles requeridos. Sin embargo, la tercera respuesta también fue de rechazo, aunque puntualiza que “hay más de 770 informes del 2015 y cerca de 800 del 2016”, y también termina denegando el acceso a la información solicitada porque “implica destinar a dichas tareas un elevado número de funcionarios”. Ahorranoticias.cl: “Asesorías externas: Senado nuevo, secreto antiguo”. 24 de abril de 2018.

A causa de esta negativa la ONG interpuso una reclamación ante la única instancia posible, la Comisión de Ética del propio Senado, que integran cuatro senadores y una senadora, siendo también rechazada al cierre de este texto, negativa que no revisamos en detalle por escapar del límite temporal de este *Informe*, pero que mantiene la reserva de esta información.²³ Como punto de inflexión, menos de una semana después, la totalidad de los senadores socialistas publicó en internet las asesorías externas de la bancada declarando que subirían, además, los informes individuales de cada senador, algo que contradice fuertemente el criterio de la Corporación.²⁴

La actitud del Senado es inconsistente con la que tuvo la Cámara de Diputados ante igual requerimiento, particularmente considerando que dado el mayor número de diputados que senadores (hasta 2017 habían 120 diputados y 38 senadores) el argumento de la distracción indebida no se sostiene. Resulta igualmente inconsistente ante lo resuelto por la bancada socialista, que “voluntariamente” está transparentando dicha información. Esta forma de obrar, que ni siquiera abrió espacio a una entrega parcial de lo solicitado, no se ajusta al principio de máxima divulgación, reconocido como uno de los “principios rectores” que rigen el derecho de acceso a la información en el ámbito interamericano,²⁵ y obstaculiza la participación democrática, la rendición de cuentas de los gobiernos y el control de la corrupción, valores a los que sirve estrechamente este derecho,²⁶ mucho más si estamos frente a representantes populares que, en su calidad de servidores públicos, deberían tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica y al control democrático.²⁷

Adicionalmente, lo ocurrido pone de relieve la fragilidad de los sistemas de garantía entregados a la autotutela de los propios organismos requeridos, como ocurre con los órganos ajenos a la administración del Estado en Chile. En este punto es esencial contar con organismos garantes de rango constitucional que puedan ejercer su rol más allá de la administración pública, o con entidades de control interno autónomas e integradas por personas independientes, algo que no parece resguardar suficientemente el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo en

23 Senado, *Resolución de la Comisión de Ética y Transparencia sobre la SOL007830*, 1 de agosto de 2018, p. 4.

24 Disponibles en <https://www.senadoressocialistas.cl>.

25 Corte IDH, *Caso Claude Reyes*, op. cit., párr. 92, y CIDH, *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2ª ed., 2012, p. 4.

26 Cfr. la Declaración Conjunta de 2004 del Relator Especial de la ONU para la libertad de opinión y de expresión, del Representante para la libertad de los medios de comunicación de la Organización para la seguridad y la cooperación en Europa y del Relator Especial de la OEA para la libertad de expresión.

27 Corte IDH, *Palamara Iribarne contra Chile*, 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 83.

septiembre de 2018 (Boletín N° 12.100-07). No puede ser que este tipo de impugnaciones sea resuelta por quienes van a verse afectados por lo que se resuelva, como ocurre hasta ahora. Al ser así no puede sostenerse que exista un recurso efectivo contra los actos violatorios de este derecho, al menos en los términos que exige el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de manera que aquel no se está respetando a cabalidad.

1.3.3 Las contradictorias sentencias de la Corte Suprema sobre las actas del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA)

En los 12 últimos meses, la Tercera Sala de la Corte Suprema dictó dos sentencias contrapuestas sobre acceso a la información y seguridad de la nación que recaen sobre las actas del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), entre 1989 y 2012, que el Estado Mayor Conjunto rechaza entregar a dos solicitantes que interponen, en cada caso, sendos amparos ante el Consejo para la Transparencia (CplT). Teniendo a la vista los descargos y un cuadro resumen de las 24 actas de las sesiones celebradas en ese periodo (indicando fecha y contenido genérico de las materias tratadas), remitido por el Estado Mayor Conjunto, dando cumplimiento a una medida para mejor resolver, el CplT decide reservar algunas actas por estimar que su difusión afectaría la seguridad de la nación o el interés nacional y ordena entregar la mayoría.²⁸⁻²⁹

Contra estas decisiones el Consejo de Defensa del Estado (CDE), actuando en representación del Estado Mayor Conjunto, dedujo reclamos de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, uno rechazado totalmente³⁰ y el otro parcialmente³¹, y luego recursos de queja ante la Corte Suprema. En lo medular, la discusión de estos casos recae sobre: (a) la publicidad o secreto de las actas de sesiones del COSENA celebradas entre 1989 y la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Constitucional 20.050, de 2005, que el COSENA había

28 En el caso de la N° 8 solo parcialmente.

29 Consejo para la Transparencia, Decisiones C2803-15, de 29 de marzo de 2016, y C2474-16, del 25 de octubre 2016.

30 Corte de Apelaciones de Santiago. *Consejo de Defensa del Estado con Consejo para la Transparencia*, Rol 4670-2016, 14 de marzo de 2017.

31 Corte de Apelaciones de Santiago. *Consejo de Defensa del Estado con Consejo para la Transparencia*, Rol 13045-2017, del 27 de junio de 2017. Corresponde a la decisión C2474-16 y se acoge solo en cuanto a reservar las actas 7 y 9, de 1990 y 1991, donde se debate un proyecto de ley sobre ingreso y salida de tropas hacia y desde el territorio nacional. El CplT estimó que debían entregarse pues su revelación no afectaría cierta y específicamente la seguridad de la nación o al interés nacional. En cambio, la Corte de Apelaciones considera que “su publicidad sí compromete la seguridad de la nación y el interés nacional, ya que se trata de una materia estratégica –la defensa nacional–, cuya divulgación puede acarrear conflictos en la actualidad con países vecinos y afectar las relaciones internacionales. Además, no se entiende que en el caso del acta N° 8 que también se refiere al ingreso y salida de tropas, se haya declarado la reserva de dicha información” (cons. 25°).

declarado reservadas, aplicando el inciso 2° del artículo 96 de la Constitución entonces vigente,³² norma que en 2005 fue sustituida por el art. 107,³³ y otras en que el COSENA no declaró dicho carácter pero igualmente existirían, desde la perspectiva del Estado Mayor Conjunto, antecedentes que justificaban reservar la información; y (b) si el COSENA es o no un órgano de la administración del Estado, pues el Estado Mayor alega que no lo sería y, por lo mismo, no se le aplicaría la Ley de Transparencia ni la competencia del CplT.

En la primera sentencia³⁴ la Corte Suprema mantiene lo resuelto por la Corte de Apelaciones, declarando que: (a) las actas debían revisarse bajo los criterios constitucionales fijados en 2005, descartando mantener la reserva declarada en virtud del extinto artículo 96 de la CPR, y llevando a una revisión acta por acta en que coincide con los criterios del CplT y la sentencia de ilegalidad; y (b) el COSENA desarrolla una función administrativa regida por la Ley de Transparencia.

Casi cuatro meses más tarde la Corte Suprema cambia el enfoque y acoge el recurso de queja del CDE.³⁵ Primero, estima que la Ley de Transparencia no es aplicable al COSENA dado que el artículo 1° de la LBGAE³⁶ no lo incluyó expresamente en la administración del Estado, debiendo el propio COSENA y no el CplT “determinar si las actas extendidas con ocasión de sus sesiones son de carácter público o reservado” (consid. 17°). Además, sorprendentemente consigna que la Corte “...no ha podido acceder al contenido de las actas de cuya publicidad se trata, de lo que se sigue... que no es posible resolver acerca del mérito de la decisión adoptada por los magistrados recurridos”, pues

32 “Los acuerdos u opiniones a que se refiere la letra b) serán públicos o reservados, según lo determine para cada caso particular el Consejo”. La Letra b), a su turno, permitía al COSENA “Representar, a cualquiera autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional”. Desde 2005 el texto constitucional regula este tema en el art. 107 que dispone: “Las actas del Consejo serán públicas, a menos que la mayoría de sus miembros determine lo contrario”.

33 Cuyo inciso 3° dispone que las actas de este Consejo “serán públicas, a menos que la mayoría de sus miembros determine lo contrario”.

34 Corte Suprema, *CDE – Fisco, Estado Mayor Conjunto contra Integrantes de la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago*, Rol 9219-2017, 29 de noviembre de 2017. Pronunciada por la Tercera Sala integrada por los ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sr. Manuel Valderrama R. y los abogados integrantes Sr. Jaime Rodríguez E. y Sr. Juan Eduardo Figueroa V. (redactor).

35 Corte Suprema, *CDE- Fisco, Estado Mayor Conjunto contra Integrantes de la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago*, Rol 34129-2017, 20 de marzo de 2018. Pronunciada por la Tercera Sala integrada por los ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sr. Arturo Prado P. (redactor) y los abogados integrantes Sr. Jorge Lagos G. y Sr. Rafael Gómez B.

36 Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1/19.653 (D.O. 17.11.2001).

no podría hacerlo fundada “en elucubraciones, figuraciones o meras suposiciones” (consid. 20°), sin hacerse cargo del recuadro que había entregado el Estado Mayor ante el CpIT y que era expresamente mencionado en su decisión, en la sentencia de ilegalidad y, además y en forma pormenorizada, en la sentencia anterior y recién referenciada de la propia Corte Suprema. Cierra recordando que el Estado Mayor Conjunto debe, conforme al literal h) del artículo 61 del Estatuto Administrativo, guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, reflexión innecesaria pues el punto era dilucidar si lo solicitado revestía este carácter (consid. 20°).

En suma, dos Terceras Salas de la Corte Suprema se manifestaron de manera muy diferente frente a un problema de gran relevancia, cuestión explicable porque en cada caso sus integrantes fueron distintos, salvo por uno de los ministros que, desgraciadamente, no justificó su personal cambio de criterio. Cabe señalar que la eficacia de este giro es bien cuestionable, pues producto de la primera decisión las actas fueron entregadas y dieron origen incluso a notas de prensa que hacen virtualmente imposible retrotraer el criterio y que, más bien, ponen de relieve la importancia de conocer estos antecedentes.³⁷

Más allá de la gravedad de una contradicción de este tipo, llama también la atención que la segunda sentencia omita cualquier reflexión sobre el principio de máxima divulgación y el derecho a la verdad o a la memoria. Dicha reflexión habría sido deseable pues lo requerido incluía la discusión, en marzo de 1991, del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación relativo a las principales violaciones de los derechos humanos, cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990. Un debate cuya reserva, casi tres décadas después, impide conocer mejor una parte de nuestra historia. Como ha dicho la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la CIDH:

...para ofrecer verdaderas garantías de no repetición, la transición debe romper con la cultura propia de los regímenes autoritarios en la que prima el secreto sobre la gestión pública y, en particular, sobre las violaciones de los derechos humanos... Esta opacidad sobre las actuaciones del Estado no es otra cosa que el campo fértil para que se produzcan de nuevo violaciones graves de los derechos humanos.³⁸

37 Por ejemplo, t13.cl: “Actas del COSENA: el día que Pinochet enfrentó a Aylwin por el informe Rettig”, Edición 39, 28 diciembre de 2017; o La tercera.com: “Detalles de las actas del COSENA sobre senadores designados y una acusación a supremos”, 7 de enero de 2018.

38 CIDH, Relatoría Especial para la libertad de expresión. *El derecho de acceso*, op. cit., p. 46. La Corte IDH ha sostenido que este derecho deriva de los artículos 13, 8 y 25 de la Convención, reconociéndolo en numerosas sentencias, tal como han hecho otras jurisdicciones. Más ampliamente, vid. p. 32 a 49. De igual modo, sobre el derecho a la memoria pueden verse, entre otros, el *Informe 2017*, pp. 25-98, y el *Informe 2016*, pp. 19-79.

1.3.4 Destrucción de archivos relacionados con los organismos de inteligencia del Ejército durante el periodo 1980-1982

A fines de octubre de 2017, *The New York Times* reveló que en el año 2000 la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINE) habría incinerado 50 rollos de microfilmes, cada uno de los cuales podría contener hasta 10.000 documentos, correspondientes a los principales órganos de inteligencia de la dictadura militar (1973-1990), esto es, la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA) y su sucesora, la Central Nacional de Informaciones (CNI).³⁹ Días después, ADN Radio informó⁴⁰ que, a mediados de 2016, el Jefe del Estado Mayor General del Ejército de Chile había reconocido, al sobreseer una investigación sumaria,⁴¹ la inexistencia de archivos con documentación de inteligencia y contra-inteligencia anteriores a 2001, concluyendo que tal situación era “absolutamente antirreglamentaria”. Efectivamente, la resolución respectiva reconoce la existencia y destrucción de microfilmes de la CNI sin haber levantado actas de lo obrado, los que no contendrían información de inteligencia, así como la destrucción de los archivos de la DINE en iguales condiciones, “no siendo posible conocer el tenor de las materias eliminadas” en este último caso.⁴² Sin embargo, la investigación se sobresee debido a que, por el tiempo transcurrido, cualquier responsabilidad estaría prescrita y los eventuales responsables ya habrían dejado de ser funcionarios de la institución, “...sin perjuicio del evidente reproche ético y moral que pueden merecernos la ocurrencia de estos hechos, los que obviamente contravienen a la Doctrina Institucional en lo más profundo de su ser...”⁴³

El CplT condenó fuertemente estos hechos afirmando que representaban “...una grave vulneración al derecho de acceso a la información de todos los chilenos... que atenta contra la memoria histórica de Chile...” y desconoce la obligación de custodiar y proteger la información que obra en poder de los organismos públicos.⁴⁴

Lo ocurrido quebranta abiertamente el derecho a la memoria, al que nos referimos en el apartado anterior, y fue posibilitado por el régimen especial y autónomo que existe para el archivo y eliminación de documentación del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y los demás organismos relacionados

39 [nytimes.com /es](http://nytimes.com/es): “Cómo los archivos en microfilme de la dictadura de Pinochet se hicieron humo”. 30 de octubre de 2017.

40 adnradio.cl: “Nuevo comandante en jefe del Ejército firmó informe que acredita quema de archivos de la CNI”. 15 de noviembre de 2017.

41 Investigación sumaria instruida por Resolución EMGE JEMGE DAI (R) N° 1585/404, del 8 de enero de 2016.

42 Resolución EMGE JEMGE DAI (R) N° 1585/8838, de 3 de junio de 2016, considerando B.1.

43 *Ibid.*, considerando B.3.

44 consejotransparencia.cl: “Marcelo Drago, presidente del CPLT: Destrucción de archivos en el Ejército atenta contra la memoria histórica de Chile”. 16 de noviembre de 2017.

con ese ministerio, establecido a través de la Ley 18.771, de fines de la dictadura militar.⁴⁵ Hasta ahora no se ha registrado ningún avance del proyecto de ley que pretendía cambiarlo, conforme consignó el *Informe 2017*.⁴⁶ El hecho también revela la falta de mecanismos para exigir la reconstitución de información destruida o extraviada, cuando sea posible y tenga relevancia pública.⁴⁷

1.3.5 Ajustes al Consejo para la Transparencia (CpIT)

Finalmente, es importante dejar constancia de un conjunto de hechos que sugieren revisar aspectos de la institucionalidad del CpIT para que pueda garantizar adecuadamente el respeto del derecho de acceso a la información pública.

Primero, 2017 fue un año de renovación de consejeros. Con más fuerza que en ocasiones anteriores han quedado expuestas algunas debilidades del sistema de designación.⁴⁸ El 26 de octubre, 12 integrantes del primer Consejo de Organizaciones de la Sociedad Civil del CpIT enviaron una carta a la ex presidenta Michelle Bachelet sugiriéndole requisitos mínimos para llenar esas vacantes, como una sólida trayectoria en el tema, paridad de género y baja potencialidad de conflictos de intereses. Además, solicitaron garantizar un tiempo mínimo entre la propuesta y la votación para que la opinión pública y la sociedad civil pudiesen indagar las credenciales de los candidatos, así como una audiencia de los nominados con ese Consejo de Organizaciones, lo que habría contribuido a minimizar la politización de los nombramientos.⁴⁹ El gobierno no siguió las sugerencias de procedimiento (de allí que se hablara de un proceso “opaco”)⁵⁰ y terminó ingresando con retraso los nombres propuestos al Senado,⁵¹ algo que ya había ocurrido en procesos anteriores y que implica un periodo en que el CpIT no

45 Publicada en el Diario Oficial de 17 de enero de 1989.

46 *Informe 2017*, pp. 36-37.

47 Así, por ejemplo, el art. 141 III de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 2016) permite que en caso de no existir la información pueda ordenarse, “...siempre que sea materialmente posible, que se genere o se reponga la información en caso de que ésta tuviera que existir en la medida que deriva del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, o que previa acreditación de la imposibilidad de su generación, exponga de forma fundada y motivada, las razones por las cuales en el caso particular no ejerció dichas facultades, competencias o funciones o que la documentación de que se trate haya sido objeto de baja documental en términos de las disposiciones aplicables en materia de archivos, lo cual notificará al solicitante a través de la Unidad de Transparencia”.

48 Algo que fue criticado desde sus inicios, por ejemplo, elmostrador.cl: “La opacidad y el cuoteo rondan al Consejo de Transparencia”. 22 de septiembre de 2008.

49 Una nota de prensa que evidencia este efecto: pulso.cl: “Al límite de los plazos, Gobierno negocia la renovación del Consejo para la Transparencia”. 6 de noviembre de 2017.

50 *lasegunda.com*: “ONGs acusan opaco proceso para renovar Consejo de Transparencia”. 17 de octubre de 2017.

51 Una nota de prensa que evidencia este efecto: pulso.cl: “Con retraso ingresan los nombres para Consejo de la Transparencia”. 6 de noviembre de 2017.

puede funcionar por falta de quorum. Estos aspectos debiesen ser mejorados, pudiendo revisarse para ello los criterios de la Ley Modelo de la OEA⁵² o los de México que, tras la reforma de 2016, exigen realizar una amplia consulta pública para la presentación de postulaciones a ocupar el cargo de comisionado/a, equivalente *mutatis mutandi* al de consejero/a, y posteriores audiencias públicas.⁵³

Otro frente abierto deriva del proyecto de ley de modernización de la Ley de Protección de Datos Personales, de marzo de 2017,⁵⁴ que originalmente creaba una nueva Agencia de protección de datos personales como autoridad de control, pero que a partir de una reciente indicación del gobierno entrega este rol al Consejo para la Transparencia. Así, la entidad se transformaría en un “Consejo para la Transparencia y la Protección de Datos Personales”, que supondría consejeros de tiempo completo con dedicación exclusiva (no como actualmente, en que solo deben asistir a las sesiones recibiendo una dieta con un catálogo acotado de incompatibilidades) y restricciones de postempleo, además de un quinto consejero presidente que solo duraría cuatro años sin posibilidad de reelección y sería propuesto al Senado al inicio de cada periodo presidencial.⁵⁵ Se trata de un modelo que cuenta con precedentes comparados (tal como los hay en el sentido de mantener ambas tareas en órganos diferenciados), pero que requiere dos cautelas centrales: (i) evitar que el presidente del Consejo se identifique con el gobierno de turno, algo que el sistema propuesto puede favorecer destruyendo la independencia de este organismo, y (ii) cuidar que la organización y sus recursos sean suficientes para atender adecuadamente el área de transparencia y la de protección de datos, pues en caso contrario tendríamos, en los hechos, un Consejo debilitado.

Un tercer elemento a considerar es que el Tribunal Constitucional declaró en un caso concreto –un requerimiento de inaplicabilidad– que era inconstitucional el art. 28 de la Ley de Transparencia en cuanto impide a los órganos de la administración pública reclamar de ilegalidad cuando hubiesen invocado el Art. 21 N° 1 de dicha ley,⁵⁶ decisión adoptada por una alta mayoría (7 de sus 10 integrantes, al borde de la mayoría necesaria para declarar la inconstitucionalidad con carácter

52 El art. 56 dispone que “Los Comisionados serán designados por el [Poder Ejecutivo] luego de haber sido nominados por una mayoría de dos tercios de los miembros del [Poder Legislativo] y en un proceso que cumpla con los siguientes principios: / a) participación del público en el proceso de nominación; / b) transparencia y apertura; y / c) publicación de una lista de los candidatos que se consideren más idóneos para el cargo”.

53 Véase el Art. 6°, VIII, de la Constitución Mexicana, tras su reforma de 2016, y los artículos 18 y ss. de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México.

54 Mensaje Bol. 11.144, refundido con moción Bol. N° 11.092.

55 Indicación N° 047-366, del Ejecutivo, del 3 de julio de 2018. Véanse en especial los nuevos artículos 36 y 6° transitorio de la Ley de Transparencia.

56 Tribunal Constitucional, sentencia rol 2997-2016, del 13 de junio de 2017.

general). Esto amplía las opciones impugnatorias de dichos organismos en desmedro de la celeridad del derecho de acceso de los ciudadanos, contradiciendo la expresa y opuesta voluntad del legislador fundada en el costo de oportunidad que suele tener la información, y que exige de procedimientos simples y rápidos.⁵⁷

El último tema que conviene destacar dice relación con la decisión en que el CplT ordenó al comandante en jefe de la Fuerza Aérea de Chile informar la identidad de quienes piloteaban los aviones que atacaron el Palacio de La Moneda el 11 de septiembre de 1973,⁵⁸ descartando las causales de reserva invocadas. Recién en la etapa de cumplimiento la autoridad manifestó no contar con esta información. Ello llevó a que el CplT solicitara a Contraloría, mediante oficio de julio de 2016,⁵⁹ incoar un sumario para indagar las infracciones descritas en los artículos 45 y 46 de la Ley de Transparencia, investigación que dos años después aún no concluye, revelando la debilidad de los instrumentos de sanción. Esto con el agravante de que el comandante en jefe está próximo a terminar su periodo y que la sanción se dirige contra la persona natural que detenta el cargo de jefe superior de servicio, tornándose en ineficaz este procedimiento una vez que esa autoridad cese en sus funciones. Probablemente este tipo de situaciones expliquen que el año pasado el CplT haya aprobado su propio Reglamento para tramitar procedimientos sancionatorios.⁶⁰

1.4 Diagnóstico del año cubierto

Los hechos reseñados muestran un cierto replegamiento de la información pública a que puede accederse en una serie de ámbitos. En este último punto, la situación de los órganos constitucionalmente autónomos librados a un régimen de autocontrol (Congreso, Poder Judicial, Justicia Electoral y Tribunal Constitucional) resulta cada vez menos entendible, especialmente por el caso de los informes del Senado. El propio gobierno ha anunciado una modificación de la Ley de Transparencia, tanto en la cuenta presidencial como en la del ministro SEGPRES (una Ley de Transparencia 2.0),⁶¹ sin anticipar su contenido, salvo en un punto:

57 Cfr. la Declaración conjunta de 2004 del Relator Especial de la ONU para la libertad de opinión y de expresión, del Representante para la libertad de los medios de comunicación de la Organización para la seguridad y la cooperación en Europa y del Relator Especial de la OEA para la libertad de expresión.

58 Consejo para la Transparencia, Decisiones C2713-15, 26 de febrero de 2016.

59 Consejo para la Transparencia, oficio N° 6.527, 1° de julio de 2016, solicita a Contraloría General de la República instrucción de sumario.

60 Consejo para la Transparencia. Res. N° 102/2017, aprueba Reglamento para tramitar procedimientos sancionatorios (D.O. 22.04.2017).

61 Así la denomina el Presidente en *Latercera.com*: "Piñera firma proyecto de Ley de Integridad Pública que regula el nepotismo y los conflictos de interés", 5 de julio de 2018. Al cierre de este texto apareció una columna, que agrega algunos elementos, firmada por los ministros de Justicia y secretario general de la Presidencia en *El Mercurio*: "Ley de Transparencia 2.0: un paso fundamental", 20 de agosto de 2018, A2.

ampliar los órganos sujetos a la Ley estableciendo los correlativos procesos de reclamación, lo que implica que debiera haber novedades en este punto. Si eso se hace, podría también revisarse el estatus de los demás órganos excluidos de la competencia del Consejo para la Transparencia, pero sujetos a un reclamo judicial de ilegalidad (Ministerio Público, Contraloría General de la República y Banco Central). El proyecto de ley, presentado (Boletín N° 12.100-07) en septiembre de 2018, genera un sistema de direcciones para cada órgano autónomo como organismo de control, cada una integrada por tres personas, avance relativo atendida la fragilidad que cada una de ellas tendrá.

Por otro lado, puede apreciarse un reforzamiento de la acción del CplT que ha incrementado su presencia en los medios y ha empezado, desde 2017, a tramitar los sumarios por infracciones a la LT (incluso dictando un nuevo reglamento para ello) lo que denota un fortalecimiento de su acción fiscalizadora que, sin embargo, requerirá de recursos para ser sostenible en el tiempo.

Por último, es importante hacer seguimiento a la transformación del Consejo a propósito del nuevo rol que se le asignaría en protección de datos personales, considerando también las diversas funciones que le han ido entregando otras leyes, por ejemplo, en materia de declaraciones de intereses y patrimonio, lobby, partidos políticos y sistema eléctrico.

RECOMENDACIONES

Se sugieren las siguientes medidas, algunas de las cuales ya han sido planteadas en *Informes* precedentes:⁶²

1. Terminar con los regímenes de autocontrol en materia de transparencia existentes en el Congreso u otros órganos del Estado, en lo referente a la vertiente administrativa de su gestión, preferentemente extendiendo hacia ellos la competencia del Consejo para la Transparencia a través de una reforma constitucional, sea estableciendo comisiones especiales en cada caso que no sean autogeneradas, de manera de contar con un recurso eficaz para garantizar el derecho de acceso a la información pública. El primer camino parece preferible para evitar que la fragmentación del sistema lo debilite, lo que probablemente ocurrirá de aprobarse la propuesta del proyecto de ley N° 12.100-07.
2. Legislar en materia de archivos para evitar casos de destrucción de información como el del Ejército (eliminando el sistema especial

62 Cfr. *Informe 2009*, pp. 169-170, e *Informe 2010*, p. 182.

del sector defensa como propone el proyecto de ley contenido en el Boletín N° 9958), y permitir que se ordene la elaboración de documentación extraviada o eliminada que posea un alto interés público cuando sea materialmente posible. Entregar a un organismo público potestades y presupuesto para ordenar el sistema de archivos con un enfoque digital y que promueva no solo facilitar el acceso a la información, sino también una mejor gestión pública (por ejemplo, propiciando la interoperabilidad entre servicios públicos o procedimientos de compra realmente electrónicos).

3. Aprobar la reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública (Boletín 8805).
4. Modernizar y transparentar el sistema de nominación y selección de los consejeros del Consejo para la Transparencia a través de un sistema que implique postulaciones, sea por vía individual o institucional, audiencias públicas y paridad de género, cautelándose que, en cualquier caso, este organismo pueda quedar subordinado, incluso indirectamente, al gobierno de turno. Esto desaconseja que el mandato de su presidente sea simultáneo con el del gobierno que lo propone, como plantea la última indicación al proyecto de modificación de la Ley de Protección de Datos Personales
5. Establecer un sistema de seguimiento de los procedimientos sancionatorios incoados por infracción a los deberes de la ley, que sea accesible a través de internet, y legislar para agilizar la tramitación de esos expedientes e impedir que la cesación en el cargo impida hacer efectivas las responsabilidades disciplinarias por incumplir la Ley de Transparencia.
6. Darle rango legal al Portal del Estado, estableciendo la obligatoriedad de su uso y asignando su administración al Consejo para la Transparencia. (a diferencia del proyecto de ley N° 12.100-07, que lo entrega al propio Ejecutivo)

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1. Síntesis

La situación de la libertad de expresión en nuestro país ha registrado mejoramientos respecto de los *Informes* de la década pasada que ponían de relieve severas dificultades, en buena parte por las derivas autoritarias de la transición que, lentamente, han dado paso a una sociedad más plural e irreverente. Los problemas actuales son o más sofisticados o de un carácter estructural que dificulta abordarlos. Hay que reconocer, entonces, que subsisten problemas reportados desde hace tiempo como el de la concentración de los medios.

2.2 Enumeración de los estándares a emplear

Los estándares para analizar este derecho parten en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o PIDCP (1966), elaborado y suscrito al alero de la Organización de las Naciones Unidas y que Chile ratificó en 1972, pero que solo se publicó en los últimos meses de la dictadura militar, en 1989.⁶³ El PIDCP reconoce en su artículo 19.1 que nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones, agregando a continuación que “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (art. 19.2). Se admite la restricción de este derecho por ley solo de ser necesario para: “a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (art. 19.3). La Convención Americana de Derechos Humanos sigue un camino semejante en su art. 13, garantizando que el ejercicio de este derecho “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores” (art. 13.2), las que deben estar expresamente fijadas por la ley (art. 13.2) y que no puede restringirse “por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos... o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (art. 13.2).⁶⁴

El artículo 19 ha sido objeto de la Observación General N° 34 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la que tendremos a la vista dado que este organismo supervisa el cumplimiento del PIDCP. También consideraremos el marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión que elaboró, en 2010, la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la CIDH. Este último destaca que desde una perspectiva comparada “es claro que el marco interamericano fue diseñado para ser el más generoso, y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de información, opiniones e ideas”, de manera “que no son aplicables en el contexto interamericano las restricciones previstas en otros instrumentos internacionales, ni que éstos se deben utilizar para interpretar de forma restrictiva la Convención Americana”.⁶⁵

63 Publicado en el D.O. de 29 de abril de 1989.

64 Además, esta disposición admite la censura previa de espectáculos públicos por ley para “la protección moral de la infancia y la adolescencia” (art. 13.3) y encomienda a la ley prohibir “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Esto último también es requerido en el art. 20 del PIDCP.

65 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2010, p. 2.

2.3 Hechos y sucesos relevantes del periodo junio 2017/junio 2018

2.3.1 Cortapisas al ejercicio del periodismo desde el mundo político

Dos hechos han sido denunciados en el último año que podemos registrar bajo este apartado.

El 13 de junio de 2018, la Agrupación de prensa acreditada del Congreso envió una carta al presidente del Senado, el senador Carlos Montes, para manifestarle su preocupación por la sistemática negativa al acceso de la prensa en las sesiones de trabajo de dos comisiones de dicha Corporación (la de Constitución, Legislación y Justicia y la de Seguridad Pública), alegando para esa restricción la costumbre y ciertas disposiciones reglamentarias del Senado, pese a que no se estarían tratando asuntos que afectasen la seguridad nacional, sino que cuestiones de alto interés público “como la imprescriptibilidad de delitos sexuales contra menores, modificaciones a la ley antiterrorista o los planes en Carabineros de Chile para mejorar y modernizar sus estándares de probidad”. Por lo anterior piden arbitrar las medidas para que el funcionamiento de las comisiones se dé en un contexto de transparencia (con casos solo excepcionales de reserva), como ocurriría en la Cámara de Diputados.⁶⁶ El Colegio de Periodistas se hizo eco de este reclamo, señalando que aunque fueran casos puntuales, representaban “un atropello evidente al libre ejercicio del periodismo”,⁶⁷ mientras algunos senadores justificaban este trato para evitar, según ellos, que los asistentes se sintieran cohibidos y pudieran hablar con mayor libertad ante las comisiones.⁶⁸ Cabe señalar que aunque seis de las doce salas de comisión con que el Senado cuenta en Valparaíso están equipadas con cámaras robóticas para transmitir las sesiones, estas suelen no utilizarse, lo cual confirma la sensación de secretismo.⁶⁹

Como reacción, la mesa del Senado informó a todas las comisiones que sus sesiones debían ser públicas “y transmitidas a través de TV Senado o streaming, salvo en los casos que establece la Ley Orgánica Constitucional del Congreso o cuando la sala no cuenta con la capacidad técnica para efectuar la transmisión.”⁷⁰ Cabe señalar que la Ley 18.918, Orgánica del Congreso Nacional, dispone que “Las sesiones

66 twitter.com/congreso_prensa: “Carta abierta al presidente del Senado: ‘ni lobistas ni gestores de interés son cuestionados a la hora de asistir a las mismas comisiones donde se impide el acceso libre de la prensa’”. 13 de junio de 2018.

67 colegiodeperiodistas.cl: “Declaración Pública: Colegio de Periodistas rechaza cortapisas a la prensa en el Senado”. 18 de Junio de 2018.

68 lasegunda.com: “Ayer, el Senado prohibió el ingreso a exposición del general director de Carabineros. Insulza justifica sesiones a puerta cerrada: ‘No queremos que (invitados) se sientan inhibidos’”. 13 de junio de 2018.

69 ElMostrador.cl: “Senado refleta política del ‘secretismo’: parlamentarios se niegan a hacer públicas sesiones en la Cámara Alta”. 14 de junio de 2018.

70 Senado.cl: “Mesa del Senado da a conocer avances en materia de transparencia activa en la corporación”. 19 de junio de 2018.

de comisión se realizarán sin la asistencia de público, salvo acuerdo en contrario adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros”,⁷¹ lo que fundamenta la postura de los senadores, pero fija un estándar difícilmente conciliable con la libertad de expresión y con el artículo 8º, inciso 2º, de la Constitución, máxime si no se expresan los fundamentos específicos de esta medida.

El segundo hecho a reportar es el reclamo presentado por la misma agrupación en contra de la jefa de prensa del ministro de Justicia y Derechos Humanos, quien habría exigido a los periodistas que querían entrevistar al titular de la cartera conocer, previamente, las preguntas que se le harían, reclamando a los editores de los medios al no ser acogida su petición por parte de los comunicadores sociales del Parlamento.⁷² El Colegio de Periodistas señaló que tal conducta resultaba “inapropiada para el libre ejercicio del periodismo”.⁷³ El ministro contestó la carta en un texto donde lamenta lo ocurrido, manifiesta impulsar y creer en “la más absoluta libertad del periodismo” y se compromete a la no repetición de situaciones similares con la prensa.⁷⁴ Si bien es una manera adecuada de cerrar el conflicto, la pura existencia de esta exigencia, por parte del equipo asesor del ministro, es una señal preocupante.

Resulta paradójico que exista este tipo de restricciones dado que la libertad de expresión es un derecho clave para la deliberación en una sociedad democrática, al punto de que se reconoce una relación “estrecha”, “indisoluble”, “esencial” y “fundamental” entre este derecho y la democracia.⁷⁵ La actividad política, en vez de procurar espacios de sigilo, debiera asumir el ser sometida a un mayor grado de control social, proporcionando a la prensa la información que le sirve de base para cumplir su deber de mantener bien informada a la ciudadanía. Las prácticas señaladas no constituyen actos de censura, pero sí vías indirectas para restringir la libertad de expresión y que están proscritas por el artículo 13.3 de la Convención Americana. En el primer caso, por su carácter general y no excepcional que no respeta las exigencias estrictas de necesidad y proporcionalidad que ha pedido el Comité de Derechos Humanos a

71 Artículo 5º A, inciso 7º.

72 twitter.com/congreso_prensa: “Compartimos carta pública que entregamos al ministro Hernán Larraín, por dificultades con sus asesores para el ejercicio de la labor periodística en el Congreso Nacional”. 16 de mayo de 2018.

73 colegiodeperiodistas.cl: “Colegio de Periodistas rechaza hostigamiento a profesionales de la prensa”. 17 de mayo de 2018.

74 twitter.com/congreso_prensa: “Recibimos respuesta del ministro de Justicia Hernán Larraín, de quien valoramos compromiso en torno a mantener un trato respetuoso con la prensa en el Congreso Nacional”. 22 de mayo de 2018.

75 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Marco jurídico...”, op. cit., p. 3.

propósito del PIDCP.⁷⁶ En el segundo, porque esas indagaciones constituyen medidas que castigan o privilegian a comunicadores sociales en función de sus líneas informativas (no se explica de otro modo el hecho de exigir las preguntas de antemano) horadando la necesaria independencia de los medios, lo que atenta contra la libertad de expresión.⁷⁷

2.3.2 El mercado de los medios en transformación

Los últimos meses han puesto en evidencia una transformación del mercado de los medios de comunicación, impactado por la expansión de las redes sociales y los medios digitales que han generado una oferta amplia, diversificada y gratuita de información y entretenimiento, lo cual se ha traducido en una merma del consumo de los contenidos en soporte papel y ha erosionado la fidelidad de las audiencias a los canales de televisión abierta. Ser rentable es cada vez más difícil para los medios tradicionales y los departamentos de prensa pueden fácilmente transformarse en elementos prescindibles.

En materia de prensa escrita este fenómeno se evidencia en el cierre, durante los últimos 12 meses, de medios como Qué Pasa, Paula y Punto Final. El 10 de mayo de 2018, el grupo COPESA anunció la decisión de poner fin a las dos primeras revistas.⁷⁸ Qué Pasa pasó a un formato web que estaría a cargo de los periodistas de prensa del diario La Tercera; mientras la segunda revista se fusionó con el suplemento dominical Mujer, del mismo diario, que pasó a llamarse Paula. Los cambios implicaron el despido total del equipo de cada medio, a excepción de los trabajadores con fuero.⁷⁹ Punto Final, en tanto, terminó de circular en marzo de 2018.

Esta situación tiende a concentrar la oferta de medios de comunicación en Chile en el duopolio El Mercurio-Copesa. Comentando el cierre de la revista Punto Final Ethel Pliscoff, presidenta del Consejo metropolitano del Colegio de Periodistas, criticó al Estado de Chile por su inequidad al momento de pagar avisaje en la prensa, afirmando

76 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N° 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión*, 2011, párr. 22. Agrega el párr. 34 que «En su Observación general N° 27, el Comité señaló que “las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse... El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen”».

77 CIDH, “Declaración de principios sobre Libertad...”, op. cit., punto 13.

78 Al finalizar la redacción de este *Informe* se sumó el cierre de La Hora. Eldinamo.cl: “Jueves negro en Grupo Copesa: despiden a todo el equipo periodístico del diario La Hora”. 12 de julio de 2018.

79 Cfr. El Mostrador.cl: “Día amargo para la prensa: Copesa cierra revistas Paula y Qué Pasa”, 10 de mayo de 2018; El Desconcierto.cl: “Dura jornada para el periodismo: Copesa pone fin a Revista Paula y Qué Pasa”, 10 de mayo de 2018; y Cooperativa.cl: “Copesa finiquita a trabajadores de las revistas Qué Pasa y Paula”, 10 de mayo de 2018.

que los recursos estatales se destinan en más de un 80% a los conglomerados de El Mercurio y La Tercera. La representante de los periodistas demandó una Ley de Medios para democratizar la prensa y visibilizar las distintas voces de la sociedad chilena, como requisito para una genuina libertad de expresión.⁸⁰ Esta exigencia nos retrotrae al intento en este sentido que hubo al aprobar la Ley 19.733, de 2001, sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo,⁸¹ y que rechazara el Tribunal Constitucional en 1995.⁸²

Cabe señalar que el problema de la concentración de la prensa escrita, en los términos sucintamente descritos, viene siendo reportado desde el primer *Informe 2003*,⁸³ aludiendo a la declaración de la CIDH (2000) que en su principio 12 advierte que los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación conspiran contra la democracia, por restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos, requiriendo sujetarlos a leyes antimonopólicas.⁸⁴ Cabe señalar que, para estos efectos, la Ley N° 19.733, o Ley de Prensa, estableció un fondo anual de estudios sobre el pluralismo en el sistema informativo nacional, asignados mediante concurso público por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT), registrándose a la fecha 10 versiones entre 2009 y este año.

Desde el punto de vista de la televisión los cambios descritos al inicio de este apartado han ido transformando las señales abiertas, como ha ocurrido con Canal 13 y Chilevisión.⁸⁵ En el caso de la señal públi-

80 Radio UChile.cl: "Punto Final escribe su punto final: Anuncia cierre definitivo". 17 de febrero de 2018.

81 Publicada en el Diario Oficial de 4 de junio de 2001.

82 En el proyecto de ley el Ejecutivo planteó que ninguna persona pudiera ser propietaria de más del 30% del mercado informativo nacional en el ámbito de la prensa escrita o del 15% del mercado informativo general o, de asociarse dos o más personas naturales o jurídicas, más del 20% del mercado informativo general. La oposición presentó un requerimiento contra estas disposiciones ante el Tribunal Constitucional, el que resolvió que dichos límites vulneraban el derecho de desarrollar cualquiera actividad lícita sin más limitaciones que no ser contraria a la moral, ni al orden público ni a la seguridad nacional (artículo 19 N° 21, inciso 1°, de la Constitución), además del derecho de propiedad (artículo 19 N° 24, inciso 2°, de la Constitución) y a la propiedad (artículo 19 N° 23, inciso 2°, de la Constitución). Tribunal Constitucional, sentencia rol 226-95, 30 de octubre de 1995, considerandos 39° a 53.

83 *Informe 2003*, p. 236-8.

84 También se consigna en el *Informe 2004*, pp. 214-5, en el *Informe 2007*, pp. 67-71, y en el *Informe 2008*, pp. 36-39.

85 Así lo informa La Tercera, afirmando que en Canal 13 los aportes de capital sumarían cerca de US\$ 53 millones entre 2016 y 2017 y en el de Chilevisión US\$ 15 millones: "La compleja situación financiera de la industria televisiva, que en los últimos cuatro años suma mayoritariamente pérdidas y una sostenida caída en ingresos por publicidad, no es exclusiva de TVN. La emergencia de nuevos formatos y plataformas a nivel digital ha elevado la competencia para el sector y llevado a algunas de las principales estaciones televisivas a inyectar recursos para enfrentar el nuevo escenario". *Latercera.com*: "Canales suman US\$ 115 millones en aportes en últimos dos años". 8 de noviembre de 2017.

ca, TVN, lo evidencia la capitalización aprobada por la Ley 21.085, de 2018, que exigió que el directorio quedase integrado en forma paritaria en cuanto a sexo⁸⁶ e incluyó recursos adicionales para la creación de una señal pública televisiva especial de libre recepción, la que estará destinada íntegramente a transmitir contenidos educativos, culturales –tanto en su dimensión nacional como regional y local–, tecnológicos, científicos e infantiles. Esta última debiese contribuir a garantizar la libertad de expresión.

2.3.3 Limitaciones al rol de la prensa en la investigación de delitos vinculados al lavado y blanqueo de activos

La Ley 19.913, de 2003, tipifica el lavado y blanqueo de activos, esto es, la ocultación o disimulación del origen ilícito de determinados bienes sabiendo que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de ciertos delitos y/o de la ocultación o disimulación de esos bienes a sabiendas de su origen. Entre los delitos que pueden ser el origen de estos bienes están la obtención de devoluciones de impuestos mediante operaciones simuladas⁸⁷ y una serie de delitos funcionarios, como la prevaricación, la malversación de caudales públicos, los fraudes y exacciones ilegales o el cohecho,⁸⁸ además de las asociaciones ilícitas⁸⁹ y la obtención fraudulenta de prestaciones improcedentes de parte de entidades públicas.⁹⁰

Pues bien, ocurre que el art. 31 de la Ley 19.913 declara que la investigación del lavado y blanqueo de activos es secreta y en su inciso final agrega que “El que entregue o difunda información de cualquier naturaleza acerca de antecedentes de la investigación incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo. Esta prohibición y sanción se extenderá a los funcionarios que hubieren participado en la investigación y a todo aquel que, de cualquier modo, informe, difunda o divulgue información relativa a una investigación e, incluso, al hecho de estarse realizando ésta”. Esto significa que la violación de este secreto es también un delito, lo que se transforma en un potencial obstáculo a la indagación periodística.

Como ejemplo podemos citar el caso del fraude de Carabineros que salió a la luz pública en 2017 y que, a abril de este año, se cuantificaba en cerca de 30 mil millones de pesos. Al ser una malversación de caudales públicos es aplicable el citado artículo 31, lo que llevó a que periodistas que han cubierto esta investigación hayan sido citados a declarar por

86 Publicada en el Diario Oficial del 3 de abril de 2018.

87 Artículo 97 N° 4 Código Tributario, párrafo 3°.

88 “Los de los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V (...) del Libro Segundo del Código Penal”.

89 Los del “párrafo 10 del Título VI (...) del Libro Segundo del Código Penal”.

90 Art. 470 N° 8 Código Penal, en relación al inciso final del artículo 467 del mismo Código.

esta figura penal en específico, entre junio y diciembre del año pasado.⁹¹ Hasta el momento, la invocación del secreto de la fuente informativa, que garantiza a los periodistas el art. 7° de la Ley 19733, de 2001, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, ha sido suficiente para evitar consecuencias penales, pero podría plantearse una interpretación diferente lo que tendría un evidente efecto inhibitorio en la cobertura periodística de este tipo de delitos, que tienen alto interés público. No hay que olvidar lo que la CIDH plantea en este sentido:

“...ha considerado que la utilización de mecanismos penales para sancionar expresiones sobre cuestiones de interés público o sobre funcionarios públicos... vulnera en sí misma el artículo 13 de la Convención Americana, ya que no hay un interés social imperativo que la justifique, resulta innecesaria y desproporcionada, y además puede constituir un medio de censura indirecta dado su efecto amedrentador e inhibitorio del debate sobre asuntos de interés público... La simple amenaza de ser procesado penalmente por expresiones críticas sobre asuntos de interés público puede generar autocensura dado su efecto amedrentador”.⁹²

2.3.4 Admisibilidad de querrela por injurias contra el autor de un libro que relata parte del historial de un condenado por violaciones a los DDHH

La hija de un teniente coronel del Ejército interpuso una querrela por el delito de injurias graves en contra del periodista Javier Rebolledo, fundada en que este publicó en un libro (*Camaleón: Doble vida de un agente comunista*) parte del historial policial y judicial de su padre, ya retirado y que actualmente cumple condena en prisión por violaciones a los derechos humanos durante la dictadura de Augusto Pinochet.⁹³ En especial, la querellante consideró injuriosa la mención de declaraciones sobre torturas infligidas a una detenida que fueron formuladas en un proceso judicial por una persona que luego se retractó de ellas, habiendo sido absuelto su progenitor por esos hechos concretos. La querellante afirmó que el autor del libro omitió a sabiendas la retractación y la absolución. El 8° Juzgado de Garantía de Santiago consideró inadmisibile la querrela en resolución del 8 de mayo de 2018,⁹⁴ declarando que la repetición de declaraciones realizadas por un tercero en un proceso judicial, aunque en él no se les hubiere atribuido valor

91 Por ejemplo, véase Theclinic.cl: “Abbott justifica investigación a periodistas The Clinic Online por cobertura del Pacogate”. 8 de Junio de 2017.

92 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Marco jurídico...”, op. cit., p. 42. También puede verse en este sentido CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Información Especial sobre la Libertad de Expresión en Chile 2016”, 2017, p. 24 a 29.

93 Corte Suprema, *Episodio Tejas Verdes*, Rol 1424-2013, 1 de abril de 2014.

94 Causa RIT N° 3187-2018 y RUC N° 1810018991-3.

alguno, no implicaba la existencia de la especial intención (*animus injuriandi*) que requiere la configuración de una injuria. Apelada esta decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago la revoca por estimar “que los hechos que fundan la querrela, pueden ser constitutivos de delito”.⁹⁵ La situación es algo kafkiana porque poco antes el mismo tribunal absolvió al entrevistado que informa al autor del libro de la existencia de tales declaraciones, esto es, a la fuente de la información, en sentencia confirmada, con una disidencia, por la misma Corte.⁹⁶

Para la CIDH la protección a la reputación debe garantizarse solo a través de sanciones civiles cuando “la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público”, aplicando en estos casos la misma idea del *animus injuriandi*, esto es, que incluso para la sanción civil “...debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.⁹⁷

2.4 Diagnóstico

Los hechos reportados dan cuenta de una situación estructural como lo es la concentración medial, y de amenazas más o menos sutiles a la tarea periodística marcadas, sobre todo, por la reactividad política al control. El primer tema es una asignatura pendiente que no debiésemos seguir postergando como sociedad. El segundo, parte de una lucha permanente que sugiere la necesidad de medidas que impidan la reiteración de estos hechos.

RECOMENDACIONES

1. Modular el secreto de la investigación del lavado y blanqueo de activos, consagrada en el art. 31 de la Ley N° 19.913, de forma que no sea aplicable tratándose de investigaciones periodísticas en casos de alto interés público y siempre que al difundirlas se evite dañar el éxito de las investigaciones penales en curso.
2. Consignar como grave infracción a la probidad administrativa toda acción u omisión de un funcionario o autoridad que, directa o indirectamente, atente contra la libertad e independencia de los periodistas.

95 Corte de Apelaciones de Santiago, *Quintana contra Rebolledo*, Rol 2736-2018-Penal, 13 de junio de 2018.

96 Corte de Apelaciones de Santiago, *Quintana contra Jara Leopold*, Rol 276-2018-Penal, 22 de enero de 2018.

97 CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Marco jurídico...”, op. cit., p. 20.

3. Instalar, en todas las salas de comisión del Parlamento, cámaras para transmitir las sesiones a través de TV Senado o streaming, y modificar la Ley Orgánica Constitucional del Congreso para exigir que el acuerdo de mayoría para efectuar una sesión de comisión de carácter secreta deba (i) fundarse en una causal legal concreta (no en la mera invocación del art. 8° de la Constitución o de sus causales) y (ii) registrarse junto a sus fundamentos en el acta de la misma sesión, que en esta parte deberá ser pública, y en el informe que emita la Comisión, para efectos de dar mayor seriedad a la adopción de esta medida. Asimismo, exigir por ley que en la cuenta anual del Senado se informe sobre el porcentaje de las sesiones de comisión y de sala que fueron reservadas.
4. Fomentar, a través del avisaje y fondos concursables, la existencia de medios alternativos de expresión, y encomendar a un organismo autónomo, como el CplT o el CNTV, que analice los estudios sobre el pluralismo en el sistema informativo nacional, financiados en estos 10 años, para proponer medidas concretas que apunten a fortalecer este atributo. Debería explorarse la posibilidad de asignar un rol en esta materia a la nueva señal cultural de TVN.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: LA EQUIDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA ESCOLAR¹

- 1 Capítulo preparado por Pilar Muñoz Hardoy y Liliana Ramos Abadie, académicas de la Facultad de Educación de la Universidad Diego Portales, con la colaboración de los alumnos de Derecho UDP Paula Koffmann Jopia y Cristián Fuentes Vergara.

SÍNTESIS

En el período bajo análisis se revisan los estándares en materia de equidad de género en el sistema escolar, las movilizaciones estudiantiles y las denuncias ante la Subsecretaría de Educación relacionadas con la violencia de género.

PALABRAS CLAVE: género, estereotipos, educación no sexista, identidad y expresión de género, Superintendencia de Educación.

INTRODUCCIÓN

Esta sección tiene como propósito develar la forma en que el Estado de Chile, a través del Ministerio de Educación, está dando respuesta (o no) a los compromisos internacionales adquiridos con relación a la igualdad de género en el sistema escolar. En primera instancia, se revisan los estándares internacionales de derechos humanos en la materia; en un segundo momento se examina la aplicación de estos estándares a la realidad nacional; luego se presentan y analizan hechos y sucesos acaecidos durante los tres últimos trimestres, que reflejan el estado de la situación y, finalmente, se entregan conclusiones y recomendaciones. A partir de las demandas impulsadas por el movimiento feminista, desde marzo del presente año, se hace urgente revisar el cumplimiento que nuestro país está dando a los tratados internacionales relativos a la igualdad y equidad de género en el sistema escolar, así como la forma en que se asume la exigencia por una educación no sexista.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO Y EDUCACIÓN

Los estándares internacionales en materia de igualdad de género y educación se desprenden, entre otras fuentes, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW),² la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante, Convención Belém do Pará)³ y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS).⁴ Los estándares se especifican en las observaciones generales que hacen los respectivos comités en relación con la aplicación de estos instrumentos.

2 ONU, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 1979.

3 OEA, *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, 1994.

4 PNUD, *Objetivos de desarrollo sostenible*, 2016.

En cuanto al sistema educativo, en los niveles de educación parvularia, básica y media (considerando la educación técnico profesional y científico humanista), la CEDAW, ratificada por Chile en 1989, dispone en su artículo 10 que los Estados Partes deben adoptar las siguientes medidas para asegurar la igualdad de derechos entre mujeres y hombres:

- Iguales condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en instituciones de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas. La igualdad debe asegurarse en la educación pre-escolar, general, técnica y profesional.
- Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente de igual nivel profesional y locales y equipos escolares de idéntica calidad.
- Eliminación de cualquier concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y formas de enseñanza, a través del fomento de la educación mixta, de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza.
- Reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres adultas que hayan dejado los estudios prematuramente.
- Similares oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física.⁵

Por su parte, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer realizó, en 2018, las siguientes recomendaciones al Estado de Chile en materia de educación:

- Revisar los planes de estudio con el fin de eliminar los estereotipos de género, velar porque se cuente con material didáctico que considere el género e implantar procesos de capacitación docente en todos los niveles del sistema educativo sobre “sensibilidad y cuestiones de género y sobre las repercusiones de las conductas con sesgo de género en los procesos de enseñanza y aprendizaje”.⁶
- Aplicar el protocolo conjunto del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género y la Superintendencia de Educación para contar

5 CEDAW.

6 ONU, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico*, 2018, pp.11.

con mecanismos de apoyo que alienten a las estudiantes embarazadas y madres jóvenes a dar continuidad a su educación durante y después del embarazo, ofreciendo servicios accesibles para cuidar a los niños, informando a estudiantes embarazadas sobre sus derechos e imponiendo multas a instituciones que las expulsen o que denieguen el derecho a continuar estudiando a madre jóvenes.

- Adoptar y aplicar medidas para acelerar la igualdad de acceso a la educación a niñas y mujeres indígenas de zonas rurales.
- Abordar los estereotipos y barreras que impiden el avance educativo de las mujeres después de la enseñanza secundaria y mejorar las iniciativas que apuntan a su incorporación en carreras vinculadas a ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas.⁷

En relación a la violencia de género contra la mujer, el Comité recomendó en el mismo informe abordar la falta de medidas de protección en beneficio de “la dignidad y la integridad de las mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero, en particular aumentando la conciencia del público sobre sus derechos, en cooperación con la sociedad civil”.⁸

Por su parte, la Convención Belém do Pará, ratificada por Chile en 1996, insta a los Estados Partes a transformar los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres, lo que supone diseñar programas de educación formales y no formales en todos los niveles del proceso educativo, con el fin de eliminar prejuicios, costumbres y prácticas “que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer”.⁹ El Mecanismo de Seguimiento de esta Convención (MESECVI) recomendó a los Estados Partes desarrollar acciones con autoridades educativas y docentes para dejar en evidencia la necesidad de implementar revisiones al currículo a fin de eliminar estereotipos de género y promover una educación en un ambiente libre de violencia y de prácticas que discriminan a mujeres y niñas.¹⁰ En el ámbito de la legislación, se recomendó “garantizar el derecho a la identidad de género y a la diversidad sexual”.¹¹

En 2015, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre discriminación en materia de género y educación en el

7 ONU, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico*, 2018.

8 *Ibid.*, pp. 8.

9 Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Art. 8-b.

10 OEA y MESECVI, *Tercer Informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará, recomendación 13 del comité de expertas*, pp. 210, 2017.

11 *Ibid.*, *Recomendación 7 del comité de expertas*, pp. 209.

caso *Velásquez Paiz y otros versus Guatemala*. En ese pronunciamiento se estableció el deber del Estado de incorporar en el currículo nacional programas educativos orientados a erradicar la discriminación, estereotipos y violencia por motivos de género. La Corte dispuso en la sentencia que: "...teniendo en cuenta la situación de discriminación y violencia en contra de la mujer constatada, la Corte ordena al Estado, en un plazo razonable, incorporar al currículo del Sistema Educativo Nacional, en todos los niveles educativos, un programa de educación permanente sobre la necesidad de erradicar la discriminación de género, los estereotipos de género y la violencia contra la mujer en Guatemala, a la luz de la normativa internacional en la materia y la jurisprudencia de este Tribunal."¹²

Por último, el PNUD ha incorporado la Igualdad de Género como un aspecto nuclear en los Objetivos de Desarrollo Sostenible a implementar entre 2016 y 2030.¹³ Chile ha manifestado su compromiso con esta agenda, a través de la creación del Consejo nacional para la implementación de la agenda 2030 y el desarrollo sostenible y de la presentación, en junio de 2017, de un informe voluntario en que se diagnostica la realidad del país para cada objetivo.¹⁴ El objetivo 5, centrado en la igualdad de género, plantea que "poner fin a todas las discriminaciones contra las mujeres y las niñas no es solo un derecho humano básico, sino que además es crucial para acelerar el desarrollo sostenible."¹⁵ El objetivo 4, referido a la educación de calidad e inclusiva, se orienta a: (i) que todas las niñas y niños completen la educación básica y secundaria gratuita para 2030; (ii) que exista un acceso igualitario a la formación técnica; (iii) y que se eliminen las disparidades de género e ingresos.¹⁶

2. APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES A LA REALIDAD CHILENA

Con relación a los marcos jurídicos chilenos relativos a la igualdad de género y derechos de mujeres y niñas, el Informe nacional voluntario presentando por el gobierno en 2017 al PNUD, plantea que "el Estado de Chile ha impulsado la armonización del derecho interno con los estándares internacionales".¹⁷ Esta armonización se verifica en los

12 Corte IDH, *Velásquez Paiz y otros versus Guatemala*, 19 de noviembre de 2015, C.3.1, párr. 248.

13 PNUD, *Objetivos de desarrollo sostenible*, 2016.

14 Consejo nacional para la implementación de la agenda 2030 y el desarrollo sostenible, *Informe nacional voluntario*, junio de 2017.

15 PNUD, *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, 2016.

16 *Ibid.*

17 Consejo nacional para la implementación de la agenda 2030 y el desarrollo sostenible, *Informe nacional voluntario*, junio de 2017, pp. 37.

siguientes instrumentos jurídicos: (i) Ley 19.611 de 1999, que modifica la Constitución Política con el fin de consagrar expresamente la igualdad entre hombres y mujeres, para así evitar la discriminación; (ii) Ley 20.280 de 2015, que crea el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, con el objetivo de contar con un organismo rector para la promoción transversal de políticas, planes y programas que fomenten la equidad de género, la igualdad de derechos y la eliminación de la discriminación contra las mujeres; (iii) Ley 20.609 de 2012, que promueve la no discriminación arbitraria motivada por circunstancias determinadas, entre las que incluye el sexo, la orientación sexual y la identidad de género, que se consideran posibles causales de discriminación por motivos de género.¹⁸

Respecto del ámbito educativo, la Ley 20.370 plantea como deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades, promoviendo la reducción de desigualdades producidas, entre otros factores, por el género.¹⁹ Además, esta ley establece que el embarazo y la maternidad no constituyen impedimentos para el ingreso y permanencia en establecimientos educativos de cualquier nivel.²⁰

La Ley 20.529, del sistema de aseguramiento de la calidad de la educación, plantea que el sistema educativo debe propender a asegurar la equidad entre todas y todos las/os estudiantes, quienes han de contar con las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad. Esta ley sienta las bases para la formulación de los actuales indicadores de desarrollo personal y social considerados para evaluar la calidad educativa, más allá de los resultados de rendimiento escolar.²¹ En este contexto, la equidad de género es uno de los ocho indicadores de desarrollo personal y social que se consideran desde la Agencia de Calidad para evaluar el desempeño de los establecimientos educativos. El foco de la evaluación es la equidad en los resultados de aprendizaje entre hombres y mujeres en establecimientos mixtos, asociada a expectativas de rendimiento similares entre mujeres y hombres, así como sobre su futuro académico y laboral.²² Por su parte, la Ley 20.845 de 2015 incorpora los principios de integración e inclusión y señala que el sistema debe propiciar que los establecimientos educativos constituyan un lugar de encuentro entre todas y todos las/os estudiantes, considerando sus distintas condiciones, entre las que se incluye el género.²³

En concordancia con las leyes anteriormente mencionadas, la Política nacional de convivencia escolar 2015-2018, impulsada por el Mineduc,

18 *Ibíd.*

19 Ley General de Educación, párr. 2°, art. 4°.

20 *Ibíd.*, considerando párr. 2°, art. 11.

21 Ley de aseguramiento de la calidad de la educación, 2011, art. 6°.

22 <http://www.agenciaeducacion.cl/evaluaciones/indicadores-desarrollo-personal-social/>.

23 Ley de Inclusión Escolar, art. 1°.

fomenta una relación participativa, inclusiva y democrática al interior de los centros educacionales, y reconoce la equidad de género como uno de los enfoques que la sustenta.²⁴ Cabe destacar que, en 2014, se constituyó la Unidad de Equidad de Género (UEG) del Mineduc, con el objetivo de permear la gestión ministerial con la perspectiva de género, visibilizar las acciones, los resultados y fortalecer competencias a nivel ministerial y en las instituciones autónomas del sector educativo, con el fin de contribuir al logro de la igualdad de género en oportunidades y derechos. A través de la UEG, el Mineduc ha formulado para el periodo 2015-2018 el Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres, que tiene como objetivos promover la igualdad y el desarrollo integral de hombres y mujeres en el sistema educacional; establecer mecanismos y competencias del Ministerio de Educación y promover propuestas para la inclusión de la perspectiva de género en la reforma educacional.²⁵ Este plan define el género como “un elemento constitutivo de las relaciones sociales” que configura relaciones de poder, de carácter histórico y sociocultural, entre mujeres, hombres y otras identidades de género y orientaciones sexuales. Según la información entregada por este documento, si bien Chile ha superado la desigualdad de acceso a la educación entre mujeres y hombres, “siguen operando patrones que reproducen las representaciones tradicionales de género y de esa forma la desigualdad e inequidad de género”.²⁶ Esto se evidencia en las trayectorias educativas de las y los estudiantes, sus resultados, las opciones vocacionales marcadas por los estereotipos asociados a funciones femeninas y masculinas, la violencia de género, la discriminación y el embarazo adolescente, entre otros aspectos.²⁷

3. DESCRIPCIÓN DE HECHOS Y SUCESOS RELEVANTES

Los hechos a los cuales se hará referencia ponen en tensión la relevancia que ha adquirido la temática de igualdad y equidad de género en el campo educativo con la respuesta que frente a este tema ha brindado el Estado de Chile, en relación a los estándares de derechos humanos que se han revisado en la primera parte del capítulo.

A modo general, se evidencia que –si bien el país cuenta con políticas y normativas consistentes con los estándares internacionales en el campo de la igualdad de género y educación– el gobierno actual no ha dado continuidad al trabajo trazado desde años anteriores, centrado en visibilizar y educar a las comunidades educativas en torno al

24 Mineduc, *Política nacional de convivencia escolar*, 2015.

25 Mineduc, *Educación para la igualdad de género, plan 2015-2018*.

26 *Ibid.*, pp.24.

27 *Ibid.*

enfoque de género, como principio formativo transversal, que implica la “revisión y modificación de prácticas cotidianas que en su expresión más extrema refieren a modos discriminatorios sexistas y homofóbicos, entre otros”.²⁸ Los hechos que se muestran reflejan la falta de convicción en torno a las implicancias de este enfoque y, por ende, también evidencian la necesidad de contar con políticas de Estado que superen las visiones parciales de los gobiernos de turno, que pueden poner en riesgo la equidad e igualdad de género.

3.1. Movilizaciones estudiantiles

Durante el primer semestre de 2018, estudiantes feministas secundarias y universitarias protagonizaron un movimiento social que puso el tema de la igualdad de género al centro del debate público. El movimiento se originó por las acusaciones de acoso y abuso al interior de las universidades, y fue avanzando hacia un propósito de carácter estructural para el sistema escolar: apuntar hacia una educación no sexista. Al respecto, Andrea Cifuentes, coordinadora externa de la Secretaría de Género y Sexualidades de la Universidad Católica, planteó lo siguiente: “Entendemos que nuestra movilización está inserta en una ola importante de feminismo y apuntamos a un cambio estructural de la sociedad y el sistema educativo que debe dejar de ser sexista, porque es ahí donde se reproduce el sistema de violencia machista”.²⁹ Según Educación 2020, una educación no sexista es aquella en que “no existe una división entre lo que se espera de hombres y mujeres de acuerdo a los estereotipos de género que hoy existen en la sociedad, y donde se promueve el respeto y la valoración de la diversidad”.³⁰

Frente a la coyuntura, el gobierno presentó una agenda de equidad de género de 12 medidas, una de las cuales estableció la elaboración por parte del Mineduc de un plan de asistencia técnica y acompañamiento a diversas instituciones educativas, entre ellas los establecimientos de educación escolar, con el fin de promover y asegurar la inclusión en sus reglamentos de los más altos estándares en materia de convivencia, protocolos de prevención de abusos, acosos, discriminación y malos tratos, que además fije procedimientos eficaces de denuncia, investigación y sanción de estas conductas.³¹ Cabe señalar que los tres aspectos específicos planteados en esta medida, por lo menos en el nivel escolar, ya tienen un camino recorrido: a) Chile

28 Mineduc, *Enfoque de género, incorporación en los instrumentos de gestión escolar*, 2017, pp.6.

29 El Mostrador.cl: “La ola feminista que remece a Chile: un movimiento social contra el acoso y la violencia de género”. 24 de mayo de 2018.

30 Educación 2020.cl: “¿Qué es la educación no sexista y por qué las mujeres luchan por ella?”. 15 de mayo de 2018.

31 <http://www.msgg.gob.cl>, 23 de mayo de 2018.

cuenta con una Política nacional de convivencia escolar vigente que se fundamenta, entre otros, en el enfoque de equidad de género;³² b) en 2015, el Mineduc puso a disposición del sistema las Orientaciones para la revisión de los reglamentos de convivencia escolar, en consistencia con la Ley de Inclusión, que contiene información relevante sobre deberes, derechos, normas, sanciones y protocolos de actuación en las comunidades educativas, entre otros aspectos;³³ c) Chile ha desarrollado un sistema de fiscalización y tramitación de denuncias alojado en la Superintendencia de Educación, siendo el único país de la región que informó de este mecanismo al MESECVI.³⁴ En consecuencia, la medida propuesta no aportó nada nuevo a lo que ya se había venido haciendo en materia de equidad de género en el sistema escolar. De hecho, en la cuenta pública 2018 del Ministerio de Educación, el entonces ministro Gerardo Varela reconoció que el Mineduc lleva años desarrollando una campaña a nivel parvulario y escolar de promoción del respeto, la tolerancia y equidad de género. Al respecto, señaló en esta cuenta pública lo siguiente: “La Superintendencia fiscaliza el cumplimiento de estas políticas, la Agencia de Calidad mide sus resultados a través de los Indicadores de Desarrollo Social y Personal y el Mineduc orienta con políticas y material de trabajo para este efecto”.³⁵

En todo caso, tanto en la cuenta pública presidencial, como en la del ex ministro Varela, llama la atención la ausencia de mención al trabajo desarrollado por la Unidad de Equidad de Género del Mineduc desde 2015, la cual formuló el Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018 que, además de entregar información diagnóstica relevante sobre la temática y proponer líneas de acción que debieran ser evaluadas en este período, explicita el marco normativo nacional e internacional de derechos humanos en la materia. Sumado a lo anterior, las medidas de la agenda presidencial y del Mineduc no consideraron la demanda por una educación no sexista levantada por el movimiento feminista durante el primer semestre. Lo que sí se propuso, como si no existiera institucionalidad previa para hacerlo, fue crear una comisión de equidad de género con el fin de evaluar las políticas en esta materia, considerando desde el currículo hasta la formación docente, para eliminar sesgos y asegurar igualdad de trato y oportunidades a todas las estudiantes.³⁶ La revisión del currículo es de alta relevancia, siendo uno de los desafíos

32 Mineduc, *Política nacional de convivencia escolar*, 2015.

33 Mineduc, *Orientaciones para la revisión de los reglamentos de convivencia escolar*, 2015.

34 OEA y MESECVI, *Tercer informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará*, 2017.

35 Mineduc, *Discurso cuenta pública participativa*, 28 de mayo de 2018.

36 *Ibid.*

planteados en el último informe sobre la implementación de la Convención Belém Do Pará: “Como es evidente, el trabajo en la Región en el ámbito de las revisiones curriculares continúa siendo una tarea pendiente, lo cual se puede traducir en fallas institucionales para eliminar los estereotipos de género y ser educados y educadas (los y las estudiantes) en un ambiente libre de violencia: sin que se mantengan las prácticas y prejuicios que discriminan a las mujeres y niñas”.³⁷ En este sentido, esta acción debiera comenzar a ser implementada en un corto plazo.

3.2. Requerimientos a la Contraloría

El Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres, establecido por el Ministerio de Educación para el periodo 2015-2018, fue objeto de consulta a la Contraloría General de la República,³⁸ junto con las Orientaciones para la inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en el sistema educativo chileno y el Ordinario N° 768, de 2017, sobre derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de la educación, de la Superintendencia de Educación. Respecto de lo anterior, el diputado Arturo Squella Ovalle; el concejal de Concepción Héctor Muñoz Uribe; Mario Esquivel Lizondo, en representación de un hijo estudiante; Francesca Muñoz González, coordinadora regional de Confamilia y Erika Muñoz Bravo, presidenta de la Asociación de padres y apoderados de colegios particulares subvencionados de Chile; solicitaron un pronunciamiento de la Contraloría sobre la legalidad de estos documentos. Argumentaron que, tanto el Ministerio de Educación como la Superintendencia de Educación, se excedieron en sus facultades, ya que los mencionados documentos establecerían conceptos de identidad y expresiones de género, relacionándolos con el principio de interés superior del niño, no obstante –argumentan los consultantes– no estar consagrados como tales en la ley o en tratados internacionales ni como un derecho fundamental o derecho humano. Además, en opinión de los requirentes, los documentos en cuestión promoverían una nueva concepción del hombre y la mujer en cuanto a su sexualidad, pretendiendo imponer un pensar determinado a los establecimientos educacionales, a pesar de las propias convicciones, privilegiándose a un grupo minoritario de niños. Según los demandantes, esta situación contravendría diversos derechos consagrados en la Constitución Política de la República y tratados internacionales como la Convención americana de derechos humanos, la

37 OEA y MESECVI, *Tercer informe hemisférico sobre la implementación de la convención de Belém do Pará*, 2017, pp. 85.

38 Contraloría General de la República, *Dictamen 006812N18*, 10 de marzo de 2018.

Convención sobre los derechos del niño, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas, entre otros. Se afectaría el derecho a la integridad psíquica de la persona, la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia de niños y niñas y la libertad de emitir opinión, la libertad de enseñanza y de informar sin censura previa y por cualquier medio, el derecho preferente y deber de educar de los padres y de escoger un establecimiento educacional que imparta una educación conforme a sus convicciones morales o religiosas.

En respuesta al requerimiento descrito, la Contraloría planteó que el Mineduc tiene las funciones de proponer y evaluar las políticas y los planes de desarrollo educacional y de elaborar instrumentos e implementar programas de apoyo educativo, ya que debe fomentar el desarrollo de la educación para poder asegurar la calidad y la equidad en el sistema de enseñanza y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Dado lo anterior, los documentos impugnados “Educación para la igualdad de género, plan 2015-2018” y “Orientaciones para la inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en el sistema educativo chileno”, fueron dictados totalmente en el marco de sus facultades legales.³⁹ De acuerdo al dictamen de la Contraloría, los documentos cuestionados apuntan a “evitar que al interior de las comunidades escolares los niños y las niñas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex puedan ser discriminados por aquella identidad u orientación; persiguiendo de esta forma su incorporación en igualdad de derechos y deberes que el resto de los miembros de tales comunidades”.⁴⁰ Con relación al Ordinario N° 768 de 2017, sobre derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de la educación, de la Superintendencia de Educación, la Contraloría declaró que se trata de un documento emitido en el marco de las esferas legales de la Superintendencia y estableció una serie de argumentos que demuestran su sustento en normativas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos y no discriminación.⁴¹

El requerimiento al que se ha hecho alusión y el dictamen de la Contraloría General de la República muestran la dificultad para comprender que la temática de género no se reduce a una disputa por igualdad entre hombres y mujeres, ya que, tal como señala el Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres, “...hablar de género es reconocer que las relaciones entre las personas están mediadas por las construcciones sociales y culturales que se hacen en

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

base al sexo biológico, definiéndonos como hombres y mujeres con identidades, expresiones y orientaciones diversas”.⁴² El foco, entonces, de las políticas educativas en materia de género debiera estar centrado en la búsqueda de la igualdad de derechos entre géneros, orientaciones, identidades y expresiones diversas, con el fin de eliminar las brechas e inequidades entre hombres y mujeres, así como las que se producen en razón de la orientación sexual e identidad de género de la población estudiantil.

3.3. Superintendencia y categorías asociadas al género

El 11 de junio de 2018, para el desarrollo del presente capítulo, se solicitó información a la Superintendencia de Educación con respecto a las denuncias de discriminación en razón de género. La respuesta de la encargada de la Unidad de Transparencia de la Superintendencia de Educación fue que en los registros de denuncia no figura la categoría de género, pero que “existen clasificaciones similares y estadísticas que pueden ser de ayuda”.⁴³

Al revisar las estadísticas que ofrece la página web de la Superintendencia de Educación se constató que efectivamente no existe una categoría de género propiamente tal. Sin embargo, se puede encontrar una clasificación que ordena las denuncias en materias y materias específicas asociadas a dicha categoría. La siguiente tabla muestra aquellas materias y materias específicas que se asocian a la temática de género de acuerdo a la información presentada en el primer trimestre de 2018:

Tabla 1: Materias y materias específicas de denuncia asociadas a género

Materia	Materia específica
Comportamientos de connotación sexual	Agresiones sexuales (delitos como violación, abuso sexual, estupro, corrupción de menores)
	Comportamientos de connotación sexual que no constituyen agresión
Discriminación	Discriminación por embarazo y maternidad
	Discriminación por orientación sexual

*Elaboración propia en base a información de la página web de la Superintendencia de Educación.*⁴⁴

42 Mineduc, *Educación para la igualdad de género: Plan 2015-2018*, pp. 9.

43 Superintendencia de Educación, *Ord. 10DJ N°000495*, 5 de julio de 2018.

44 www.supereduc.cl/categoria-estudios-estadisticas/estadisticas/, revisada en junio de 2018.

La tabla 2 muestra las denuncias realizadas el último trimestre de 2017 en las materias señaladas.

Tabla 2: Denuncias en materias asociadas a género en último trimestre 2017

Materia	Materia específica	Nº de denuncias
Comportamientos de connotación sexual	Agresiones sexuales (delitos como violación, abuso sexual, estupro, corrupción de menores)	56
	Comportamientos de connotación sexual que no constituyen agresión	60
Discriminación	Discriminación por embarazo y maternidad	9
	Discriminación por orientación sexual	3
	Discriminación por identidad de género	5

Elaboración propia en base a información de la página web de la Superintendencia de Educación.⁴⁵

Como se observa en la tabla 2, en 2017 se incorporó la materia específica de identidad de género como causa de discriminación, lo que fue recomendado en el *Informe 2015* de la Universidad Diego Portales.⁴⁶ Esta materia no apareció como categoría en la información del primer trimestre de 2018, cuestión que atenta contra las disposiciones del mismo Estado chileno en relación a los derechos de las niñas, niños y estudiantes trans. No obstante, en la revisión efectuada por el equipo elaborador del presente capítulo, el 24 de agosto de 2018, se constató que la categoría fue repuesta.

Ahora bien, los datos reflejan que en el último trimestre de 2017 las denuncias en materia de comportamientos de connotación sexual sumaron un total de 106, de las cuales nueve correspondieron a discriminación por embarazo y maternidad y ocho a discriminación por orientación sexual e identidad de género.

45 www.supereduc.cl/categoria-estudios-estadisticas/estadisticas/

46 *Informe 2015*, pp. 276.

Tabla 3: Denuncias en materias asociadas a género en primer y segundo trimestre 2018

Materia	Materia específica	Nº de denuncias primer trimestre	Nº de denuncias segundo trimestre	Total de denuncias 2018
Comportamientos de connotación sexual	Agresiones sexuales (delitos como violación, abuso sexual, estupro, corrupción de menores)	27	81	108
	Comportamientos de connotación sexual que no constituyen agresión	13	84	97
Discriminación	Discriminación por embarazo y maternidad	2	3	5
	Discriminación por orientación sexual	2	9	11
	Discriminación por identidad de género		3	3

Elaboración propia en base a información de la página web de la Superintendencia de Educación.⁴⁷

La tabla 3 muestra que en el primer trimestre de 2018 se denunciaron 205 casos en total en materia de comportamientos de connotación sexual, cinco de discriminación por embarazo y maternidad y once por orientación sexual. Como ya se ha señalado, la materia específica de identidad de género no apareció en los datos del primer trimestre de 2018, sin embargo, fue repuesta y en la actualidad se encuentra vigente, produciéndose tres denuncias por este motivo en el segundo trimestre de 2018.

Si bien los datos muestran situaciones de denuncia asociadas a las temáticas de género, no existe una materia que refleje denuncias por comportamientos asociados al fomento de brechas e inequidades de género entre hombres y mujeres en el contexto escolar. Además, las materias de comportamientos de connotación sexual y de discriminación por temas de género, como el embarazo y la maternidad, orientación sexual e identidad de género, aparecen separadas. En este sentido, llama la atención que no exista una visión integrada de la temática de género. Al respecto, un documento de la Superintendencia de Educación hace referencia a la categoría *sexismo y discriminación de género*, asumiendo el sexismo como la discriminación por rol de género, es

47 www.supereduc.cl/categoria-estudios-estadisticas/estadisticas/

decir, asociado a aquellos comportamientos que se consideran apropiados para mujeres y hombres de acuerdo a su sexo biológico, desde una construcción cultural.⁴⁸

CONCLUSIONES

Con respecto a la equidad de género en el sistema escolar, Chile cuenta con un marco jurídico que se ajusta a los estándares internacionales de derechos humanos, promoviendo la igualdad de oportunidades y equidad entre géneros en las siguientes leyes: Ley General de Educación 20.370, Ley del Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación 20.529 y la Ley de Inclusión 20.845. De igual forma, el país ha implementado políticas educativas que contribuyen a la construcción de una convivencia basada en el enfoque de género al interior de las comunidades escolares y que considera a la comunidad LGTBI.

Frente al cuestionamiento a la legalidad de los siguientes documentos: Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018; Orientaciones para la inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en el sistema educativo chileno; y el Ordinario N° 768, sobre derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de la educación; se evidencia que, en algunos sectores de la sociedad, existe una comprensión reducida del tema de género que excluye las inequidades producidas por variables como la orientación sexual y la identidad de género. Frente a esto, la Contraloría General de la República ha indicado que no se advierte reproche jurídico en los documentos antes nombrados, los que dan cumplimiento a las normativas nacionales y convenios internacionales ratificados por Chile.

La respuesta del Estado chileno frente a la demanda estudiantil feminista por una educación no sexista ha sido nula, no considerando el camino que el país ha recorrido en esta temática. Al respecto, el Ministerio de Educación no ha dado luces sobre la continuidad del trabajo de la Unidad de Equidad de Género, creada en 2015, ni sobre la evaluación del Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018. En su lugar, se propuso la creación de una comisión de equidad de género con el fin de evaluar las políticas en esta área, incluyendo el currículo, cuestión de alta relevancia de acuerdo al último informe sobre la implementación de la Convención Belém Do Pará.

En la página de estadísticas de denuncias de la Superintendencia de Educación, durante el primer trimestre de 2018, no estuvo presente la materia específica de discriminación por identidad de género, aunque

48 Superintendencia de Educación, Organización de Estados Iberoamericanos. *Discriminación en la escuela, descripción y análisis a partir de las denuncias recibidas por la Superintendencia de Educación.*

actualmente ha sido repuesta. Tampoco se encuentra la posibilidad de denunciar situaciones vinculadas a estereotipos, sesgos y discriminaciones por género, asociadas a una educación sexista.

RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones anteriores se proponen las siguientes recomendaciones al Estado de Chile:

1. Que el Ministerio de Educación dé señales claras respecto a la comprensión del enfoque de género, como una perspectiva que integra la igualdad de derechos entre géneros, orientaciones, identidades y expresiones diversas, para eliminar las brechas e inequidades entre hombres y mujeres, así como las que se producen en razón de la orientación sexual e identidad de género de la población escolar.

2. Que el Ministerio de Educación dé explícitamente continuidad al trabajo implementado por la Unidad de Equidad de Género desde 2015 y establezca mecanismos para evaluar los avances del Plan educación para la igualdad entre hombres y mujeres 2015-2018, con el fin de identificar y tomar acciones frente a los desafíos pendientes en materia de equidad de género.

3. Que el Ministerio de Educación planifique e implemente un plan de revisión de las bases curriculares con el fin de identificar estereotipos y sesgos de género u omisiones que pueden afectar el desarrollo pleno de niños y niñas, en concordancia con un enfoque de género, para avanzar en la construcción de una educación no sexista. Este plan debiera comenzar a implementarse durante 2018.

4. Que la Superintendencia de Educación organice en una categoría más amplia las posibles materias generales y específicas vinculadas a situaciones de discriminación sexista y de género, y que incorpore una nueva categoría precisa de denuncia por situaciones asociadas a estereotipos, sesgos y discriminaciones por género, que son consecuencia de una educación sexista.

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: PLAN DE ACCIÓN NACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS Y PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS¹

1 Sección elaborada por Judith Schönsteiner. Agradezco el excelente apoyo de los ayudantes Maximiliano Guíñez y Tomás Correa, estudiantes de pregrado de la Facultad de Derecho, UDP, y de la ayudante Valentina Pérez, estudiante del Magister de continuidad de derecho civil, UDP.

SÍNTESIS

La sección evalúa el Plan de Acción sobre Derechos Humanos y la sección del Plan Nacional de Derechos Humanos que trata los compromisos en materia de empresas y derechos humanos, a la luz de los estándares internacionales aplicables. Con este fin, estos se resumen, para después describir y evaluar el Plan de Acción sustantiva y procesalmente, y apreciar sus diferencias con la metodología del Plan Nacional y las medidas que fueron, por consecuencia, reiteradas en él. Se revisa también las brechas de cumplimiento que persisten en materia de actividad económica y derechos humanos, y que tendrían que ser abordadas en la revisión del Plan de Acción que debería ocurrir a partir del año 2019.

PALABRAS CLAVES: derechos humanos y empresas, Plan de Acción sobre Derechos Humanos, responsabilidad de empresas.

INTRODUCCIÓN

Durante 2017, ciertamente una de las medidas gubernamentales más relevantes en materia de empresas y derechos humanos fue la aprobación y publicación, en agosto, del primer Plan de Acción Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas, así como la inclusión de varias de sus medidas en el Plan Nacional de Derechos Humanos, en diciembre de 2017. Además, podemos mencionar la aprobación y entrada en vigor de la Ley de Inclusión Laboral, que obliga a empresas con más de 100 trabajadores/as a crear o equipar el 1% de sus puestos para personas con discapacidad.² Sin embargo, esta medida y su implementación no había sido recogida en el Plan, probablemente, porque fue aprobada por el Congreso en junio de 2017.

Ambos Planes son políticas públicas, sin embargo, mientras el Plan Nacional de Derechos Humanos se elaboró en base a un mandato entregado por la Ley 20.885 que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos, el Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas surge de una iniciativa de política exterior, a saber, un compromiso con la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (2011).³ Esto le da al segundo menos respaldo político y jurídico a nivel nacional –ya que podría ser modificado con un cambio de gobierno– y, al mismo tiempo, lo hace más visible a nivel internacional, con los costos de reputación en caso de abandonar nuestra nación este compromiso. La CIDH felicitó a Chile por la adopción de ambos planes y destacó que el país es el segundo de la región en contar con un Plan de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos.⁴

2 Ley 21.015, entrada en vigencia 1 de abril de 2018.

3 Documento no-vinculante sobre empresas y derechos humanos, abarcando las obligaciones estatales de regular y fiscalizar; las responsabilidades empresariales de respetar los derechos humanos y prevenir su violación; y la responsabilidad compartida de proveer acceso a la justicia y reparación, respectivamente.

4 Véase CIDH, comunicado de prensa, <http://scm.oas.org/pdfs/2018/CP38733T.pdf>.

Así las cosas, el gobierno del presidente Sebastián Piñera, que asumió el 11 de marzo de 2018, se comprometió con el Plan de Acción Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas en su Programa de Gobierno: “Poner en marcha el Primer Plan Nacional de DD.HH. y ejecutar el Primer Plan Nacional de Acción de DD.HH. [sic] y Empresa.”⁵ Dado este compromiso, corresponde a la SEGPRES el mandato de darle seguimiento a los planes o velar por su implementación.⁶

En este capítulo, evaluaremos el Plan de Acción y la sección del Plan Nacional que trata los compromisos en materia de empresas y derechos humanos, a la luz de los estándares internacionales aplicables, o sea, los Principios Rectores de las Naciones Unidas, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y, especialmente, los tratados de derechos humanos que Chile ha ratificado y, por ende, vinculan también los órganos que han adoptado los Planes y los que se han comprometido en ellos. Con este fin, resumimos brevemente los estándares aplicables, para después describir y evaluar el Plan de Acción sustantiva y procesalmente, y apreciar sus diferencias con la metodología del Plan Nacional y las medidas que fueron, por consecuencia, reiteradas en él. Finalmente, revisaremos en forma somera las brechas de cumplimiento que persisten en materia de actividad económica y derechos humanos, y que tendrían que ser abordadas en la revisión del Plan de Acción que debería ocurrir a partir del año 2019.

1. OBLIGACIONES ESTATALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

Los tratados internacionales de derechos humanos no contienen estándares explícitos sobre cómo los Estados deben relacionarse con las empresas si estas violan o pudiesen llegar a violar los derechos humanos. Más bien, existen obligaciones de debida diligencia según las cuales el Estado debe “proteger” los derechos humanos ante la interferencia o el riesgo de interferencia provocado por empresas.⁷ Además, si en el cumplimiento de las garantías de derechos humanos –sea a un debido proceso, al derecho a la salud, educación, seguridad social o agua– recurre al apoyo por parte de privados, por ejemplo, a través de alianzas público privadas, por medio de la privatización de los servicios, o mediante licitaciones, el Estado no se puede deshacer de sus obligaciones de garantizar estos derechos. Más bien, mediante un sistema adecuado

5 Programa de Gobierno 2018-2021, p. 143.

6 Entrevista abogada asesora de la Unidad de Empresas y Derechos Humanos, Dirección de Derechos Humanos (en adelante, DIDEHU), Cancillería, 26 de junio de 2018.

7 Véase para una sistematización de estos estándares, Corte IDH, Opinión Consultiva 23, Medioambiente y derechos humanos, OC-23/17, 15 de noviembre de 2017.

de regulación, incentivos en políticas públicas, fiscalización y acceso a la justicia, debe asegurar que el derecho efectivamente se cumpla.⁸

En materia de empresas y derechos humanos, los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre este tema y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales proporcionan detalles para estos estándares. Los Principios Rectores, por sí mismos no-vinculantes, indican la responsabilidad del Estado de velar porque las empresas cumplan con los derechos humanos en todas sus actividades, dentro y fuera del territorio estatal (PR 2). Según dichos Principios, los Estados se comprometen a adoptar políticas transversales y coherentes en la materia (PR 8), incluyendo la coordinación de sus políticas de negociación de acuerdos comerciales y sus actividades diplomáticas, con la agenda de derechos humanos (PR 9). Finalmente, manifiestan el compromiso, más allá del acceso a la justicia, de proporcionar oportunidades para obtener reparación de las posibles víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de empresas (PR 25-30). Las responsabilidades empresariales bajo las Líneas Directrices, en el ámbito de derechos humanos, se consideran co-extensivas con las definidas en el segundo pilar de los Principios Rectores. Además, definen responsabilidades en temas como medioambiente (Directriz V), consumidores (VI), corrupción (VII), ciencia y tecnología (VIII), competencia (IXI) y, en general, transparencia y publicación de información (Directriz III), y todo en el marco de la responsabilidad social empresarial que debe fomentar el Estado (Directriz II).

Para cumplir con el compromiso con la OCDE, los Estados deben instalar un Punto Nacional de Contacto,⁹ para la promoción de las Líneas Directrices y, también, para recibir denuncias y solicitudes de mediación en casos de conflictos. Es el único mecanismo de solución de controversias que permite sentar a las empresas transnacionales a una mesa con las presuntas víctimas. Vinculando este imperativo con las obligaciones generales del Estado en materia de acceso a la justicia, queda claro que la implementación de los Puntos Nacionales de Contacto, tal como la implementación de los Planes de Acción Nacionales en materia de empresas y derechos humanos, debe hacerse en conformidad con las obligaciones internacionales que el Estado de Chile adquirió al ratificar los tratados de derechos humanos.

Finalmente, hay desarrollo jurisprudencial reciente que indica cómo los Estados deben interpretar sus obligaciones extraterritoriales.¹⁰ En re-

8 Véase, por ejemplo, Corte IDH, *Hacienda Brasil Verde versus Brasil*, sentencia del 22 de agosto de 2017, Serie C-337.

9 Procedimientos de puesta en práctica de las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales, Resolución del 2000, Art. 1.1.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 23 sobre Medioambiente y Derechos Humanos, 2017.

sumen, deben asegurar que las actividades empresariales que autorizan o fomentan, no generen daño fuera de su territorio. Esto en virtud de las obligaciones en relación al daño transfronterizo, pero también vinculado a otros efectos extraterritoriales. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han llegado a interpretaciones muy similares.¹¹ Estas corresponden a la interpretación autoritativa de los respectivos tratados, la CADH y el PIDESC, en relación a esta materia y llegando un caso sobre estos asuntos a la Corte Interamericana, podemos esperar razonablemente, que aplicaría justamente estos estándares.

A saber, solo si los Estados parte de un tratado actúan en conjunto –no solos– *en conjunto* pueden reemplazar la interpretación que le ha dado un órgano de tratado a este mismo (Art. 31.3a-b CVDT). Estando ante un distanciamiento puntual de un Estado respecto a la interpretación de los órganos de tratado, lo debemos considerar un incumplimiento en relación a esos estándares. Sin embargo, esto no significa que exista una sola manera de cumplir con los estándares internacionales. Más bien, la elección de los medios está a discreción del Estado siempre que se logre la protección eficaz de los derechos humanos, y que se cumplan los estándares procesales que prescribe el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, un paso importante hacia una mayor adecuación del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos es que la Ley de la Subsecretaría estipule en su artículo 8f que esta colabora “en la implementación, según corresponda, de las resoluciones y recomendaciones originadas en el Sistema Interamericano y en el Sistema Universal de Derechos Humanos, sin perjuicio de las atribuciones de otros órganos del Estado”.¹²

2. PRINCIPALES COMPROMISOS DEL ESTADO Y SU CONFORMIDAD CON EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Un Plan de Acción Nacional es una de las posibilidades para iniciar el cierre de brechas en materia de regulación y fiscalización de las actividades económicas, para que estas no afecten los derechos humanos. No es la única medida posible, ni tampoco es suficiente. Por ejemplo, si un Plan de Acción Nacional, tal como ocurre en Chile, coexiste con la falta de entrega de servicios de salud, garantías de seguridad social, o con

11 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 24, 2017.

12 Véase también, entrevista a Lorena Recabarren, subsecretaria de Derechos Humanos, por correo electrónico, 31 de julio de 2018.

la prohibición a los y las trabajadores de sindicalizarse,¹³ todos aspectos del goce de derechos humanos que no están ni siquiera mencionados en el Plan de Acción, queda en evidencia que su implementación no es suficiente para el cabal cumplimiento del Estado con sus obligaciones internacionales, que abarcan todo el espectro de ámbitos de regulación y de derechos sociales, civiles, culturales, económicos y políticos. Además, ningún Plan de Acción puede reemplazar o postergar, por ejemplo, el acceso eficaz a la justicia por presuntas violaciones.

Así, parece un buen antecedente que el Comité Interministerial, que se creó en abril de 2018 para supervisar e impulsar la implementación del Plan de Acción, tenga un mandato más amplio que abarca “la implementación de los Principios Rectores”,¹⁴ y, por tanto, no está circunscrito a las limitaciones inherentes que pueda tener un plan consensuado. Algunas de estas limitaciones serán explicitadas hacia el final de esta sección. Sin embargo, el Comité, al cierre de esta edición, se había reunido solamente una vez.

2.1 Elaboración y estándares procesales

Para la elaboración del Plan, la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores contó con dos insumos procesalmente muy destacables (más allá de su contenido): un estudio independiente sobre brechas de regulación y fiscalización en materia de empresas y derechos humanos, alcanzando temas tan diversos como la planificación territorial, la regulación de la libre competencia y la integración vertical en el sector de salud;¹⁵ y una serie de diálogos participativos que permitieron recoger no solamente el cumplimiento jurídico con los estándares internacionales,¹⁶ sino también las demandas sociales y las prioridades que tienen los/las afectados/as.¹⁷ Mientras en esos diálogos no se pretendió cumplir con los estándares de la consulta previa libre e informada, sí se buscó plasmar los del derecho a la participación en general. Así, se hicieron tres encuentros regionales, y dos encuentros indígenas.

Las preocupaciones expresadas en la Línea Base y en los diálogos participativos, durante 2016, se ven solo parcialmente reflejadas en el Plan de Acción, ya que casi todas las medidas relacionadas con legislación, planificación y fiscalización quedaron fuera. Los planes

13 Véase Schönsteiner et al., *Estudio de Línea base sobre empresas y derechos humanos*, 2016, disponible en www.derechoshumanos.udp.cl.

14 Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto 169 que crea el Comité para el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas, 12 de septiembre de 2017, publicado en Diario Oficial N° 42.027, 9 de abril de 2018.

15 Véase Schönsteiner 2016, supra n 10.

16 Criterio único para el establecimiento de la Línea Base.

17 Sustentia / Instituto Danés de Derechos Humanos, Informe sobre diálogos participativos sobre empresas y derechos humanos en Chile, Septiembre 2017.

prevén mecanismos de participación para su seguimiento y revisión; sin embargo, dependerá de la implementación concreta de estos compromisos si la participación será conforme a los estándares internacionales para grupos indígenas y no-indígenas. En este sentido, se valora la medida de participación instalada a través de los diálogos, pero se concuerda plenamente con la observación de la sociedad civil y sindicatos en cuanto a que se deberían realizar con la mayor información disponible (el Estudio Línea Base no se repartió a los y las participantes) y con mayor impacto en la definición de la política por parte de los ministerios.

2.2. Contenido del Plan

Asimismo, el impacto de las conclusiones y recomendaciones –elaboradas por parte del equipo experto a cargo del Estudio Línea Base– fue limitado. En algunos casos, los órganos o servicios claramente se dejaron guiar por (algunos de) los resultados de la Línea Base; en otros casos, las medidas que se proponen parecen responder más bien a lo que el Ministerio ya tenía “en carpeta” y presupuestado cuando la Dirección de Derechos Humanos le consultó. Aunque se comprendieran perfectamente las necesidades de elaborar un primer plan de forma concertada y coordinada, para incluir la mayor cantidad de actores a bordo, parece complejo que algunas medidas no conlleven una perspectiva de derechos humanos en el sentido de priorización por urgencia o gravedad del riesgo de violación. Será importante que sean fiscalizadas y evaluadas desde ese ángulo. Además, no se han aprovechado los incentivos tributarios para lograr la implementación de los Principios Rectores. Lo que importa, desde la perspectiva de los tratados internacionales, es el cumplimiento efectivo de las obligaciones estatales; sin embargo, el discurso de derechos humanos ayuda a la correcta implementación de políticas públicas que puedan tener, eventualmente, múltiples objetivos.

A pesar de que el Estudio Línea Base identificara toda una serie de cambios legislativos que serían necesarios para cerrar las brechas de cumplimiento con las obligaciones internacionales, el Plan de Acción solamente menciona tres: “El Ministerio de Economía apoyará la medida legal comprometida en la Agenda de Productividad, Innovación y Crecimiento que pretende crear un marco jurídico para las empresas sociales, fomentando la incorporación de criterios de derechos humanos y empresas en ella”,¹⁸ (ver también sección 3.6). Además, “[e]l Ministerio de Energía identificará, promoverá y diseñará los mecanismos necesarios para implementar la política de desarrollo local vinculada a proyectos energéticos. Entre otros aspectos, esta política

18 Plan de Acción, p. 60.

contempla medidas para contribuir en las evaluaciones de impactos en derechos humanos de las comunidades y mecanismos de resolución de controversias entre comunidades y empresas, en el contexto del desarrollo de proyectos de energía.”¹⁹ A pesar del alcance amplio de la formulación, no incluye los necesarios cambios legislativos, especialmente, en relación al acceso a la justicia en igualdad de condiciones (ayuda legal) y de planificación territorial, ambas medidas importantes y transversales a tomar que identificó el Estudio Línea Base.

Finalmente, “[e]l Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Desarrollo Social continuarán promoviendo la Inclusión Laboral a través de la creación del reglamento que apoya la Ley de Inclusión Laboral, impulsando así la integración desde un enfoque de derechos humanos.”²⁰ El Reglamento de la Ley 21.015 relativo al sector privado fue aprobado finalmente, el 1 de febrero de 2018,²¹ antes del cambio de gobierno, y la nueva administración incluyó la implementación de la Ley en su Programa de Gobierno.²² Así, el cumplimiento de esta medida es uno de los primeros avances²³ que podemos constatar en relación al Plan de Acción. Si comparamos, sin embargo, la medida con la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, constatamos que constituye solamente un paso en la implementación de la inclusión laboral de las PcD.

Dicho esto, no podemos omitir otras iniciativas adoptadas fuera del marco del Plan, pero vinculadas con materias de empresas y derechos humanos. Su exclusión del Plan de Acción no significa que no fueran necesarias para la implementación de los Principios Rectores o de los compromisos convencionales del Estado de Chile. Ejemplos de lo anterior podrían ser las reformas de las AFP y de las Isapres. Sin embargo, al no ser incluidas con indicadores en el Plan, es más difícil mapearlas como contribuciones a la implementación de los Principios Rectores. Un próximo Estudio de Seguimiento a la Línea Base, que debería realizarse a más tardar cinco años después del primero (en 2020/2021) podría revelar tales avances. No se puede excluir que el discurso que mantiene el grupo de trabajo de las Naciones Unidas, que considera que los planes deberían principalmente abarcar incentivos “suaves” y

19 Ibíd.

20 Ibíd.

21 Reglamento, Aprueba reglamento del capítulo II “de la inclusión laboral de personas con discapacidad”, del título III del libro I del Código del Trabajo, incorporado por la Ley 21.015, que incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral, 17 de noviembre de 2017, disponible en Diario Oficial del 1 de febrero de 2018, <http://www.diariooficial.interior.gob.cl>.

22 Plan de Gobierno, p. 120.

23 El primer reporte sobre la implementación del Plan de Acción se debiera haber publicado en diciembre de 2017; sin embargo, fue postergado para agosto de 2018, con el fin de permitir que los distintos actores puedan avanzar en el cumplimiento y además, adecuarse al cambio de gobierno. Entrevista.

promover medidas voluntarias entre las empresas, haya desembocado en que las decisiones en cuanto a qué incluir y qué no en el Plan, estuvieran marcadas por una cierta ceguera ante las medidas legislativas.

2.3. Relación con medidas del Plan Nacional de Derechos Humanos de diciembre 2017

Algunas medidas que no estuvieron incluidas en el PAN, están en el Plan Nacional de Derechos Humanos. Aunque a la fecha de cierre de esta sección, a finales del mes de agosto, la Contraloría de la República aún no toma razón del decreto que aprobó el Plan, ya que fue retirado y aún no sometido nuevamente a su competencia, la Subsecretaría decidió “continuar con las acciones que se recogen en el plan enmarcado dentro de los objetivos propios que tiene la subsecretaría”.²⁴ El Plan Nacional permite detectar una ampliación del compromiso gubernamental a través de la inclusión de medidas a cargo del Ministerio de Obras Públicas²⁵ y de la Subsecretaría de Previsión Social,²⁶ y en algunos casos, su profundización a través, por ejemplo, de la creación de la página web Chile Sustentable donde las empresas pueden publicar sus compromisos en materia de derechos humanos.²⁷ No obstante, que este compromiso cumpla con los derechos humanos internacionalmente vigentes dependerá de que la Subsecretaría de Derechos Humanos aplique un filtro mínimo para que medidas que no digan relación con los derechos humanos no sean incluidas en la herramienta. Además, el SEA profundizó su involucramiento a través del compromiso de desarrollar una herramienta de relacionamiento temprano, que, sin embargo, no implica una mención explícita a los derechos humanos. De facto, podrá contribuir importantemente al cumplimiento de los acuerdos internacionales si se orientara por conceptos del derecho internacional de los derechos humanos, como el derecho a la participación, la consulta previa, libre e informada, el derecho a la salud, y el derecho humano al agua. En este sentido, el indicador de cumplimiento debiera incluir este aspecto sustantivo, en vez de solamente contabilizar la cantidad de reuniones sostenidas en pos de la elaboración de la herramienta.²⁸

El Plan de Acción no contiene medida alguna sobre ayuda legal para garantizar el acceso a la justicia, la mejora de la fiscalización, e incentivos más contundentes en materia de debida diligencia. Esa ausencia es una clara debilidad desde el derecho internacional de los derechos humanos que requiere garantizar los derechos tal como lo

24 Entrevista Subsecretaria Lorena Recabarren, por correo electrónico, 31 de julio de 2018.

25 Plan Nacional, p. 256.

26 *Ibid.*, p. 258.

27 *Ibid.*, p. 258.

28 *Ibid.*, p. 259.

definen los tratados internacionales, incluyendo el art. 25 CADH. Lo interesante es que, en relación a esta última, el Plan incluye la descripción de una buena práctica internacional,²⁹ transmitiendo así información sobre “lo que también sería posible”: la Ley sobre la debida diligencia en Francia, que crea un mecanismo de responsabilidad civil por falta de debida diligencia en materia de derechos humanos que también es aplicable extraterritorialmente. Por consecuencia, será aplicable a todos los inversionistas franceses con más de 5000 trabajadores que invierten en Chile. Pero la existencia (incluso si fuera más masiva) de este tipo de regulación no puede reemplazar la existencia y aplicación de normas legales en Chile.

Consistente con la conclusión de la Línea Base de que el conocimiento sobre temas de empresas y derechos humanos es aún muy precario tanto entre funcionarios/as como en la sociedad en general, una gran cantidad de medidas están relacionadas con la capacitación sobre los Principios Rectores y las Líneas Directrices. Además, hay algunos proyectos piloto destacables, especialmente, los de acuerdos voluntarios pre-inversión del Ministerio de Energía,³⁰ y de Relacionamento Temprano del SEA.³¹ Al respecto, el mayor desafío a resolver en la implementación de estas medidas será el siguiente: cómo valorar o no un acuerdo previo a la aprobación en el sistema de evaluación de impacto ambiental de un proyecto. La disyuntiva consiste en que debe existir algún incentivo para tener tal acuerdo previo, pero, al mismo tiempo, el Estado no debe ni puede renunciar a su función de garante que asegure que ningún acuerdo incumpla con los estándares internacionales de derechos humanos y la legislación vigente. Por tanto, no puede ciegamente incorporar o reconocer tales acuerdos entre privados.

Aunque el Plan de Acción se dirija principalmente a actores estatales, incluyendo las empresas del Estado,³² varios actores no-estatales o intergubernamentales quisieron registrar sus compromisos en materia de empresas y derechos humanos en el Plan. Así, UNICEF, Fundación Casa de la Paz, Pacto Global, la Bolsa de Comercio de Santiago, Fundación Acción Empresas y el Consejo de Responsabilidad para el Desarrollo Sostenible, un ente *multi-stakeholder* liderado por la Subsecretaría de Economía, registraron compromisos, especialmente relacionados con levantamiento de información, apoyo técnico y capacitación,³³ o la promoción de la debida diligencia empresarial.³⁴

29 Plan de Acción, p. 100.

30 *Ibid.*, pp. 42, 45, 49, 50, 60, 69, 82.

31 Plan Nacional, p. 258-259.

32 Plan de Acción, p. 62.

33 Por ejemplo, una capacitación a funcionarios y funcionarias del INDH, <https://www.indh.cl>

34 Plan de Acción, pp. 88-89.

Optar por cambios “solamente” a nivel de políticas públicas habría respondido a la apuesta de bajar la resistencia ante el Plan de Acción y contribuir a sumar ministerios en la tarea de elaborar y respaldar ese Plan. Pero al parecer, no ha sido fácil incluso de este modo, convencer de la necesidad de las medidas. En un país sumamente legalista eso es comprensible, y solamente una razón más por la adopción de medidas vinculantes en el próximo Plan de Acción. Como confirma la encargada de Empresas y Derechos Humanos en la Dirección de Derechos Humanos de Cancillería, las políticas públicas en Chile no conllevan ningún mecanismo, más allá del *accountability* político, para hacerlas efectivas administrativamente.³⁵

Reconociendo que el diseño y la implementación de políticas públicas de mediano y largo plazo encuentran desafíos transversales en la mayoría de las temáticas sociales que podríamos querer abarcar,³⁶ estas dificultades se reflejarán también en el Plan de Acción y el Plan Nacional de Derechos Humanos. Sin embargo, queda la impresión de que con un poco más de voluntad política, se podría lograr un mejor resultado, por lo menos, en la segunda versión del Plan.

3.4. Institucionalidad y coherencia

Hasta la fecha, la institucionalidad en materia de empresas y derechos humanos es dispersa, por no decir, derechamente confusa. Así, encontramos el (inactivo, en estos momentos, sin explicación alguna)³⁷ Consejo de Responsabilidad para el Desarrollo Sostenible; el Comité Interministerial de Derechos Humanos y Empresas, que fue creado en abril de 2018 y se ha reunido una sola vez a la fecha de cierre de esta edición. La Subsecretaría de Derechos Humanos debería formar parte del Comité Interministerial sobre Empresas y Derechos Humanos; consultamos en entrevista a la Subsecretaría sobre este rol, pero no obtuvimos respuesta en relación a esta pregunta específica.³⁸ Además, Chile cuenta con un Punto Nacional de Contacto de la OCDE que funciona dentro de DIRECON y está en pleno proceso de revisión para responder a un *peer review* internacional realizado por la OCDE; la Subsecretaría de Derechos Humanos que tiene el mandato de implementar el Plan Nacional de Derechos Humanos que trata el tema

35 Entrevista.

36 Algunas de ellas documentadas en el Estudio Línea Base 2016.

37 En la página web del Consejo, no se han ni siquiera actualizado las autoridades públicas, ver <http://consejors.economia.cl>. La última acta publicada es del 7 de junio de 2017, última visita de la página, 20 de julio de 2018.

38 Entrevista a Subsecretaría Lorena Recabarren, preguntas enviadas por correo electrónico el 2 de julio de 2018, respuesta 31 de julio de 2018, sin responder preguntas sobre PAN, sección de empresas y derechos humanos en el Plan Nacional de Derechos Humanos y el Comité Interministerial.

de empresas y derechos humanos.³⁹ La incorporación de algunas medidas del Plan de Acción en el Plan Nacional dotan a estas medidas de una autoridad legal de la que antes no disponían: la implementación del Plan Nacional es mandato legal de la Subsecretaría de Derechos Humanos, mientras el Plan de Acción surgió solamente de un mandato del Ejecutivo. Además, interviene también el Instituto Nacional de Derechos Humanos que se comprometió con varias medidas en el Plan de Acción, incluyendo un convenio con la DIRECON⁴⁰ y, además, ha sido el colaborador principal con su par danés, el Danish Institute of Human Rights, que prestó asesoría técnica en todo el proceso de elaboración del Plan y su institucionalidad. Finalmente, SEGPRES que está a cargo de concretar el compromiso del presidente Piñera con el Plan de Acción tal como fue indicado en el plan de gobierno. Este compromiso debiera traducirse en que otras instituciones reciban una conformación presidencial para ejecutar sus respectivos mandatos y compromisos en materia de derechos humanos y empresas.

Otro organismo gubernamental relacionado fuertemente con el tema empresas y derechos humanos es el Punto Nacional de Contacto (PNC), creado en virtud de la adhesión de Chile a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. El PNC tiene el mandato de promover las Líneas Directrices, que contienen estándares voluntarios para las empresas sobre medioambiente, consumidores, ciencia y tecnología, trabajo, corrupción y, también, derechos humanos. Además, tiene la facultad de recibir casos, o “instancias específicas”, que atañen conflictos sobre alguna de estas temáticas; en estos casos, actúa como mediador. Más allá de las reglas orgánicas definidas en las mismas Líneas Directrices, los Estados disponen de discrecionalidad respecto a cómo se constituye el organismo, y dónde se ubica en el organigrama gubernamental. Sin embargo, el PNC debería ser percibido como independiente e imparcial, para poder cumplir con su labor.

En el marco del Plan de Acción, el PNC concluyó un convenio con el INDH para colaborar en la promoción de las Líneas Directrices y su mecanismo de solución de controversias,⁴¹ y para la asesoría técnica en materia de derechos humanos. Así, el INDH emitió, a solicitud del PNC, un informe en derecho en una instancia específica pendiente ante este último (Quebrada Blanca), enunciando los derechos potencialmente afectados en el caso que están ligados a los capítulos empleo y relaciones laborales, y medio ambiente de las Líneas Directrices. Según el INDH, informaron sobre los tratados relevantes, pero no se

39 Plan Nacional, p. 255ss.

40 Convenio de colaboración DIRECON – INDH, véase <https://www.indh.cl/firman-convenio-protoger-derechos-humanos-ante-vulneraciones-empresas/>.

41 Se acordaron para 2018, dos talleres en La Serena y Valdivia, respectivamente. Entrevista por teléfono, Mariela Infante, INDH, 18 de julio de 2018.

pronunciaron sobre el fondo del caso ni incluyeron la jurisprudencia de órganos de tratados que interpretan estos estándares convencionales.⁴²

En 2016, el PNC chileno se sometió, voluntariamente, a una revisión de pares, un ejercicio que ofrece la OCDE. Tres PNCs de otros países observaron la orgánica y el funcionamiento del PNC chileno, y a la luz de las Líneas Directrices y de las buenas prácticas de otras naciones, emiten recomendaciones. El informe se dio a conocer durante el segundo semestre de 2017, haciendo hincapié en la necesidad de aumentar la dotación de personal, y de una mayor independencia del PNC, ya que esta entidad contaba solamente con dos personas que dedicaban menos de media jornada a estas funciones. Además, el PNC era al mismo tiempo el encargado de DIRECON para la negociación de tratados internacionales, con los respectivos problemas de ser percibido como imparcial.

Aunque el PNC siga ubicado en DIRECON –a lo mejor un acierto para poder relacionarse con las empresas, dado el mandato de la dirección económica– ahora cuenta con una persona –según entrevista– a jornada completa, y forma parte del recién creado Departamento de Conducta Empresarial Responsable (CER).⁴³

Otra crítica, presente en el informe de pares, es la conformación y poca claridad en las funciones del Comité Espejo, un consejo integrado por representantes gremiales, del Pacto Global, del INDH, de organizaciones de la sociedad civil, académicos y, recientemente, de un representante de un gremio indígena. El INDH apoyará al PNC en la renovación del Comité, para lograr una mayor representatividad, y además, se está en este momento evaluando cómo se relacionaría este Comité Espejo con el organismo de partes interesadas (Consejo Multiactor) previsto para el Comité Interministerial del Plan de Acción Nacional, ya que los integrantes probablemente se repetirían, así como muchas de las temáticas de promoción de las Líneas Directrices se abordarán, de manera más transversal, en el Comité Interministerial. En DIRECON y DIDEHU, se están analizando distintas opciones, incluyendo una co-presidencia del Comité Interministerial entre DIDEHU y PNC, para poder responder a la necesidad de coherencia y coordinación (Principio Rector 8). Sin embargo, al cierre de esta edición, esto aún no se ha concretado; el Comité Interministerial sigue funcionando sin participación ciudadana.

Pero también es necesaria una revisión desde una perspectiva de debido proceso y el mismo Principio Rector 31: Si el PNC pretende ser un organismo independiente, no puede considerar al Comité Espejo como un órgano que opine sobre las instancias específicas, ya que

42 Entrevista INDH.

43 Entrevista por correo electrónico, Carolina Ibáñez, PNC, 19 de julio de 2018.

distintos actores tendrán conflictos de interés, dependiendo del caso. Por esta razón, en el Comité Espejo, se había solamente informado sobre las distintas instancias específicas pendientes, pero no se solicitó opinión sobre ellas. Para efectos de transparencia y claridad procesal, sería bueno que las instancias específicas no fueran tema en el Comité Espejo. Cumplido esto, no se ve razón alguna por la cual no podría incluso fusionarse con el organismo representativo ante el Comité Interministerial; y si el PNC necesitara asesoría técnica la pediría al INDH o a especialistas en mediación.⁴⁴ Con esto, la institucionalidad quedaría más claramente definida y, especialmente, se podría avanzar en la independencia formal.

Finalmente, y sin dudar de la independencia personal de la funcionaria a cargo del PNC, hay buenas razones para proponer dar un paso más: además de distanciar el Comité Espejo de la solución de casos, por lo menos la función mediadora debería estar radicada en un organismo autónomo, eventualmente, incluso no-gubernamental, para generar la confianza de los actores –especialmente, comunidades y sociedad civil– en su labor en la solución de controversias. Por ahora, probablemente con razón, perciben comprometido al PNC con otra agenda que, por definición, sería pro-inversionista y pro-empresariado, ya que esto es parte de su mandato, mientras una agenda de derechos humanos y sustentabilidad (aún) no lo es, según decretos respectivos.

Será necesario coordinar y ordenar mejor estas instituciones, para dotarlas de eficacia y eficiencia. Así es prometedor, en principio, intentar concentrar la agenda en materia de empresas y derechos humanos de Cancillería en una sola unidad; sin embargo, sería importante que esta coordinación no resulte en una reducción de personal –muy probable, lamentablemente, o en una pérdida del enfoque de derechos humanos, por ejemplo, si las personas a cargo no tuvieran suficiente experticia en la materia, o si tuvieran que responder a otras agendas dentro del mismo Ministerio. Será clave reunir la experticia que pueda estar presente en organismos como ProChile, con la del Punto Nacional de Contacto y de otros actores como la Subsecretaría de Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Además, es sumamente importante que el PNC sea reformado según las recomendaciones del *Peer-Review*. Aunque el tema de empresas ha sido tradicionalmente más cercano de la DIRECON, siendo esto cierto, es fundamental que el Estado de Chile mantenga su coherencia política en materia de derechos humanos y que haya una relación fluida entre DIRECON, en principio ajena a los estándares de derechos humanos, la DIDEHU, y la Subsecretaría de Derechos Humanos.

44 La autora defendió esta postura en varias oportunidades en el Comité Espejo, del cual ha sido miembro desde el 2012.

Además, se requiere una supervisión por parte del INDH honrando su independencia y autonomía (como indicaron los consejeros en noviembre del 2017, en relación al mecanismo de supervisión del Plan Nacional de Derechos Humanos).⁴⁵

3.5. Mecanismo de revisión y seguimiento

A pesar de que, en lo sustantivo, el Plan es aún bastante débil y varios ministerios no parecen haber comprendido del todo la relevancia del tema, la parte mejor lograda del Plan de Acción, desde una perspectiva de derechos humanos, es su mecanismo de seguimiento y revisión, que está a cargo del Comité Interministerial antes mencionado, pero debe cumplir con varias instrucciones y recomendaciones contempladas en el mismo Plan de Acción. Así, se propone una hoja de ruta para la revisión del Plan que evitaría dificultades en la elaboración del primero; y para institucionalizar la participación efectiva de la sociedad civil, “se creará un Grupo Asesor Multiactor con representantes de la sociedad civil, sindicatos, sector empresarial, pueblos indígenas, academia y del Instituto Nacional de Derechos Humanos, con el objeto de evaluar los avances contenidos en el Informe del Comité Interministerial, y proveer comentarios y/o recomendaciones en cuanto a la efectiva implementación del Plan.”⁴⁶ Se espera que el nuevo gobierno valide el compromiso con la participación de la sociedad civil, los sindicatos, las comunidades afectadas por proyectos de inversión y los pueblos indígenas, y no solamente con los *stakeholders* empresariales.

Como las prácticas y compromisos incluidos en el Plan de Acción son, aún, relativamente poco innovadoras y avanzadas comparadas con las de otros países, el Plan también cuenta con cuadros de buenas prácticas que podrían inspirar a los actores que estarán a cargo de la revisión del Plan de Acción, a partir del período 2018-2019. Así, se mencionan, además de la Ley de Vigilancia francesa, y del *Modern Slavery Act* de Reino Unido, una medida de la SVS sobre igualdad de género en los directores de las sociedades anónimas, que no se comprometió bajo el Plan de Acción, pero había sido adoptado con bastante anterioridad, en 2015.⁴⁷

Además, como la renovación del Plan de Acción depende de una decisión política —y no de una ley como en el caso del Plan Nacional de Derechos Humanos— se requiere muchísima atención, para que haya una segunda versión que represente efectivamente un mejoramiento —en lo sustancial— en comparación con la primera. El compromiso en el Plan de Gobierno es ciertamente un antecedente necesario, aunque

45 INDH, Consejo, Acta Sesión N° 396, 20 de noviembre de 2017, punto 6.

46 Plan de Acción, p. 91.

47 *Ibid.*, p. 75. La SVS no se comprometió con nuevas medidas. Se espera que su órgano sucesor lo pueda hacer para el segundo plan.

no suficiente, para que esto ocurra. Conviene destacar desde una perspectiva de derechos humanos que, aunque a nivel interno no haya consecuencias en derecho por la falta de implementación o renovación de una política pública que abarque temas de derechos humanos, a nivel internacional podría haberla, ya que el PIDESC no permite regresividad en la protección de los derechos en él consagrados (Art. 2.1 PIDESC interpretado en Observación General N° 3).

Esto es especialmente relevante porque el Plan de Acción se compromete a reportar no solo hacia los grupos de interés nacionales, sino también a los órganos regionales e internacionales de derechos humanos (p. 91). Esta lógica está también presente, de manera más sistemática, en el Plan Nacional de Derechos Humanos. Además, el Plan de Acción contiene un mecanismo específico para elaborar el plan de seguimiento: “Un año antes del cumplimiento del plazo, el Comité Interministerial definirá una hoja de ruta para elaborar un Segundo Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas, el que será presentado al Grupo Asesor Multiactor con el fin de que proponga cursos de acción y se dé inicio al segundo proceso.”⁴⁸

Así, destaca especialmente, que se debe involucrar a actores gubernamentales que aún no han participado, incluyendo el Poder Judicial y Legislativo, y todas las empresas estatales. Insta a la confección de un estudio de riesgos e impactos en derechos humanos en el sector industrial, una tarea importante porque los riesgos de los distintos sectores productivos varían sustancialmente. Recomienda también enfocar medidas, en especial, en la fiscalización por parte del SEA según criterios de “vulnerabilidad territorial”, en los lineamientos de compras públicas, y en regulación e incentivos para la inversión extranjera en Chile, y la inversión chilena en el exterior. Eso, a través de la “incorporación progresiva de criterios de derechos humanos en agencias del Estado que apoyan a empresas”, tales como CORFO, SERCOTEC, o ProChile. Será clave, sin embargo, que la participación de la ciudadanía sea efectiva, en igualdad de condiciones a pesar de las diferencias de poder entre los distintos actores, y tomada en cuenta de buena fe. Será también importante involucrar al Congreso y al Poder Judicial, yendo más allá de la (actual) colaboración de la DECS.

En cuanto a la participación de la sociedad civil en la evaluación del Plan, los detalles quedan aún por comprobarse. Eso por dos razones: se desconoce todavía la política general del nuevo gobierno sobre la participación de la sociedad civil en materia de políticas públicas y derechos humanos; y segundo, históricamente, el interés de la sociedad civil (las ONG, sindicatos y comunidades indígenas o no-indígenas) en el tema de empresas y derechos humanos y, especialmente, en el Plan de Acción,

48 Plan de Acción, p. 91.

ha sido mínima.⁴⁹ De hecho, la participación del sector gremial ha sido considerablemente mayor, a pesar de un inicial recelo. En lo institucional, según el mismo Plan de Acción, “se creará un Grupo Asesor Multiactor con representantes de la sociedad civil, sindicatos, sector empresarial, pueblos indígenas, academia y del Instituto Nacional de Derechos Humanos, con el objeto de evaluar los avances contenidos en el Informe del Comité Interministerial, y proveer comentarios y/o recomendaciones en cuanto a la efectiva implementación del Plan.”⁵⁰ La conformidad del mecanismo con los estándares de derechos humanos dependerá de la representatividad o legitimidad del mecanismo en virtud de la experticia de sus representantes y, además, de la seriedad y buena fe con la que se toma en cuenta su juicio. El Ministerio de Relaciones Exteriores apoya un proyecto de la Fundación Casa de la Paz que informa, capacita y busca que se organice la sociedad civil alrededor de la implementación de los Principios Rectores, un propósito que no se ha logrado aún en Chile, mientras en otros países ya existen influentes redes o asociaciones de ONG que inciden en la formulación de los planes nacionales.⁵¹

También se deberían consultar los informes alternativos ante el EPU, los comités y ante la CIDH para evaluar el Plan. Finalmente, el mecanismo participativo para el Plan Nacional de Derechos Humanos debiera por lo menos intercambiar información con el del Plan de Acción, ya que los insumos serán relevantes para el respectivo capítulo del Plan Nacional futuro, pero también para algunos aspectos de la garantía de derechos sociales, económicos y culturales, en la medida que estos servicios están privatizados.

3.6. Implementación de medidas

Al cierre de este Informe, y contrario a lo planificado, aún no está publicado el primer catastro de medidas cumplidas. Esto mereció una aguda crítica de parte de uno de los consejeros del INDH, José Aylwin.⁵² Desde DIDEHU, se nos informó que de 141 medidas previstas para el año 2017, 50 habrían sido cumplidas, 32 estarían sin movimiento (no define qué diferencia hay entre esta categoría y el incumplimiento) y para 34 medidas fue imposible obtener información de parte de los ministerios y servicios comprometidos.⁵³ Detectamos algunas medidas que fueron explícitamente identificadas como cumplimiento del Plan de Acción en los respectivos comunicados de prensa al darlos a conocer; por ejemplo, Chilecompra incluyó una cláusula referente a

49 Análisis propio, confirmado por entrevista DIDEHU.

50 Plan de Acción, p. 91.

51 Ver Línea Base México, Project Poder.

52 José Aylwin y Lorena Arece, A un año del Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y empresas, disponible en <http://www.elmostrador.cl>.

53 Respuesta vía correo electrónico, encargada DIDEHU, 13 de septiembre de 2018.

los Principios Rectores en su Pacto de Integridad;⁵⁴ y la Dirección de Estudios de la Corte Suprema publicó el comprometido estudio sobre empresas y derechos humanos.⁵⁵ Adicionalmente, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la DIRECON están avanzando en la capacitación de sus funcionarios/as en materias de empresas y derechos humanos.

En entrevistas, confirmamos que el INDH está avanzando en todos los compromisos del Plan, menos en la implementación de las directrices de compras públicas para las adquisiciones del INDH, que se realizaría, si el Consejo del INDH así lo determina, para el 2019.⁵⁶ Un mínimo de consistencia implicaría que el organismo emblemático del Estado en materia de derechos humanos observe los estándares de derechos humanos, igualdad de género, no-discriminación y ambientales, también en sus propias adquisiciones. En cuanto a la Subsecretaría de Derechos Humanos, esta realizó un levantamiento sobre la implementación del Plan Nacional entre el 25 y el 27 de abril de 2018. En el respectivo informe, que está aún pendiente,⁵⁷ se podrá entonces también evaluar el avance con las medidas relacionadas con empresas y derechos humanos.

Además, hay algunas medidas adicionales que podrían haber sido parte del Plan de Acción porque fomentan el cumplimiento con las obligaciones estatales en la materia. Así, por ejemplo, se presentó un proyecto de Ley, después de una moción que había sido ingresada por los diputados Kast y Fernández en mayo del 2017, que define las “empresas de beneficio e interés colectivo” (B.I.C.) de la siguiente forma: “La Empresa de Beneficio e Interés colectivo es una persona jurídica formada por un fondo común suministrado por sus socios quienes son responsables sólo por sus respectivos aportes, sociedad que se constituye o acoge a las disposiciones de la presente ley y que incluye en su objeto social de sus Estatutos el impacto positivo o la reducción de algún efecto negativo en la comunidad y el medio ambiente.” El texto propuesto no especifica, no obstante, qué se debería entender por “impacto positivo” y por “reducción de algún efecto negativo”, cuánto debe ser el grado de impacto o reducción, y si este se mide en la suma de la actividad empresarial o solamente en un aspecto. Por ejemplo, podríamos imaginar una empresa que contribuye al reciclaje y a la creación de puestos de trabajo para personas en proceso de reinserción (después de una pena privativa de libertad) y al mismo tiempo, genera un impacto negativo en su huella de carbono. ¿Calificaría ella como B.I.C.? No queda del todo muy claro.

Después de una discusión parlamentaria en enero de 2018, se rechazaron todas las indicaciones sustantivas del gobierno al proyecto de ley,

54 Véase Chilecompra, Convenio Marco, disponible <http://www.mercadopublico.cl>.

55 DECS, Colección Jurídica de Derechos Humanos y Empresas, disponible en <http://decs.pjud.cl>.

56 Entrevista INDH.

57 Entrevista subsecretaria Lorena Recabarren.

y se introdujo una nueva definición de “beneficio e interés colectivo” como “la gobernanza transparente y el impacto positivo que deriva de la prevención y mitigación de efectos negativos y la promoción de acciones a favor de la comunidad, los trabajadores, la cadena de valor o el medio ambiente. Este impacto deberá ser divulgado públicamente mediante las formas dispuestas en la presente ley. Asimismo, entiéndase por empresa de beneficio e interés colectivo, aquella persona jurídica que ostenta dicha calidad por encontrarse inscrita en el Registro Nacional de Empresas de Beneficio e Interés Colectivo.”⁵⁸ En el fondo, por tanto, no se ha especificado la definición, solamente se ha mejorado la publicidad y en consecuencia, la posibilidad para terceros de verificar la base empírica sobre la cual se asigna la calidad de B.I.C. El 5 de junio de 2018, el Congreso solicitó un nuevo primer informe al Ministerio de Economía, por lo que el futuro del proyecto de ley se vuelve incierto más allá de constatar, por ahora, la voluntad de regular el asunto. Esta regulación correspondería a lo que identificamos como el primer compromiso legislativo en el Plan de Acción (ver sección 3.2).

La ley, de ser aprobada, encargaría la supervisión del registro de empresas B.I.C. al Ministerio de Economía. El incumplimiento de los requisitos no tendría otra consecuencia que la eliminación de la empresa infractora del registro. Sin embargo, para limitar las posibilidades de abuso de la institución de empresas de beneficio e interés colectivo, sería conveniente considerar que el uso inadecuado de las siglas conlleve el derecho de los / las consumidores / as de demandar, según artículos 17.5, 24 y 28 de la Ley del Consumidor, por publicidad engañosa.

En definitiva, estamos ante el cumplimiento débil de un plan con contenido débil. Se espera que su mecanismo de revisión se muestre suficientemente robusto para lograr un segundo Plan de Acción, igualmente, más robusto. Como toda política pública, sin embargo, depende de la voluntad política de las autoridades y de la presión que puedan ejercer la sociedad civil o el empresariado, para lograr una política pública que realmente fomente la protección de los derechos humanos ante la actividad empresarial.

CONCLUSIONES

El Plan de Acción es un primer paso hacia una política pública en materia de derechos humanos y empresas que debería lograr, progresivamente, el cumplimiento con los estándares de derechos humanos

58 Informe de la Comisión de Economía, fomento, micro, pequeña y mediana empresa, protección de los consumidores y turismo recaído en el proyecto de ley que regula la creación y funcionamiento de las empresas de beneficio e interés colectivo. Boletín N° 11.273-03, p. 49.

que Chile ha ratificado y que atañen a la temática. Procesalmente está bastante bien logrado, pero sus contenidos dejan mucho que desear y están en parte lejos de lo que se requiere del Estado en la materia. El Plan Nacional de Derechos Humanos recoge parte de las medidas y agrega otras. Como su criterio de definición de medidas han sido las recomendaciones de los órganos internacionales, el Estado chileno demuestra una mayor coherencia con el derecho internacional de los derechos humanos. Es uno de los pocos ejemplos a nivel nacional que inequívocamente reconoce que las recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos deben ser implementadas de buena fe. En este contexto, sería de especial relevancia que el mecanismo de monitoreo que está diseñando el INDH no deje de incluir el seguimiento a las recomendaciones hechas por órganos internacionales, además de las recomendaciones realizadas por el mismo INDH.⁵⁹

También, su fundamento en el mandato legal de la Subsecretaría de Derechos Humanos dota al Plan Nacional y las medidas allí contenidas de mayor obligatoriedad a nivel gubernamental, a pesar de deber considerarse no-vinculante (en términos de derecho administrativo doméstico). Las medidas reiteradas en el Plan Nacional se pueden considerar, por tanto, más robustas. No obstante, quedan importantes brechas, especialmente en relación a problemas estructurales radicados en el derecho administrativo ya identificados en el Estudio Línea Base de 2016.

Para un avance sostenido y progresivo hacia el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de empresas y derechos humanos, podemos identificar como las más urgentes brechas a cerrar, las siguientes: primero, tal como ha sido indicado en el debate, es necesario abordar la responsabilidad de empresas privadas como cómplices de violaciones de derechos humanos durante la dictadura;⁶⁰ esto debe incluir la posible responsabilidad de la estatal Codelco por el uso del primer 10% de sus ganancias anuales por parte de las Fuerzas Armadas. En dictadura, no podemos excluir que estos fondos contribuyeron directa o indirectamente a la comisión de crímenes de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos.

Además, tal como ha establecido el Estudio Línea Base sobre brechas en materia de empresas y derechos humanos, se necesita incluir en el segundo Plan de Acción, medidas eficaces, especialmente, en relación a un sueldo justo y a la no-discriminación en los procesos de contratación y en cuanto a la instalación de proyectos nocivos o molestos.

59 INDH, Consejo Acta Nº 427, 11 de junio de 2018, numeral 3.

60 Paloma Muñoz, "Buscando la reconciliación: Planes de Acción para lograr la transición, en Humberto Cantú, *Derechos Humanos y Empresas. Reflexiones desde América Latina*, IIDH, 2017, p. 324.

También es necesario comprometer, para que un Plan de Acción pueda efectivamente lograr su objetivo, medidas para mejorar la eficacia e independencia de la fiscalización. En este contexto, se debe incluir la fiscalización al financiamiento de campañas políticas por parte de actores privados y otros canales de *state capture* que puedan desvirtuar el *accountability* democrático.

Finalmente, preocupa el rechazo por distintas instituciones de la interpretación autoritativa de los órganos de los tratados –por lo menos, en el TC, el Consejo del INDH, y parte de la Corte Suprema. Una cosa es considerar que los pronunciamientos de los órganos no son vinculantes (solamente las sentencias de la Corte IDH contra Chile), pero otra muy distinta es rechazarlos de plano. Esto constituye una falta a la buena fe con la que se debieran implementar compromisos internacionales tales como la ratificación de los tratados.⁶¹ En este sentido, se valora la metodología del Plan Nacional de Derechos Humanos que se basó en las recomendaciones de los órganos de tratado de la ONU, entre otras, y que incluya la implementación de las decisiones de los órganos contra Chile (especialmente, Comisión y Corte Interamericana) en el Plan. Para la Subsecretaría, “su vigencia [de las recomendaciones] no depende de una interpretación normativa en relación a su valor, sino al compromiso propio adquirido por los diversos órganos de la Administración en virtud de los cuales se construye el conjunto amplio de lineamientos de política pública que constituye el Plan Nacional de Derechos Humanos.”⁶² Aunque esta posición conlleve el cumplimiento *de facto* de las recomendaciones, deja en entredicho si en el caso de las recomendaciones cuya implementación no ha sido heredada de administraciones anteriores, el gobierno se sentirá comprometido en el sentido del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Hubiera sido deseable, en este contexto, que la Subsecretaría, en 2017, también transparentara los criterios que ocupó para no incluir ciertas recomendaciones. Además, preocupa mucho la demora en la aprobación del Plan por parte de la Contraloría, incluyendo el retiro del Plan por parte de la Subsecretaría. Finalmente, preocupa la demora en la puesta en marcha del Comité Interministerial y especialmente, la creación de su Grupo Multiactor que no ha sido aún constituido.

61 Rosanne Van Alebeek, y André Nollkaemper, “The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law”, en: Helen Keller, (ed.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge University Press 2012, pp. 356-413.

62 Entrevista Subsecretaria Lorena Recabarren.

RECOMENDACIONES

En razón de las conclusiones anteriores, se recomienda al Estado:

1. Constituir el Grupo Multiactor para el PAN y en conjunto con él, adoptar un Plan de Trabajo para el Comité Interministerial.
2. Que el INDH insista en la implementación del Plan Nacional de Derechos Humanos, sin esperar las definiciones de la Subsecretaría sobre el rol definitivo que se le encargará al mecanismo autónomo para el monitoreo del Plan.
3. Iniciar el proceso de revisión del Plan de Acción.
4. Elaborar iniciativas que involucren al Congreso y al Poder Judicial, para responder a las brechas legislativas más importantes identificadas en el Estudio Línea Base 2016 (fiscalización, planificación territorial), y las brechas principales en materia de acceso a la justicia (ayuda legal).
5. Implementar las recomendaciones del *peer review* del Punto Nacional de Contacto, especialmente, sobre autonomía e independencia institucional.
6. Incluir cláusulas de derechos humanos (no solo género) y sujeción a tribunales ordinarios en materia de derechos humanos a nuevos tratados (multi)laterales de comercio e inversión, y realizar evaluaciones de impacto en derechos humanos antes de la aprobación de cualquier nuevo tratado.

**DERECHOS LABORALES:
LOS LÍMITES DEL
DERECHO DE HUELGA.
EL TALÓN DE AQUILES
DE LA REFORMA LABORAL¹**

1 Sección elaborado por Karla Varas Marchant, con la colaboración de las ayudantes Paulina Bahamonde Lagos y Micaela Krogh Orellana.

SÍNTESIS

En abril de 2017 entró en vigencia la Reforma Laboral que moderniza el sistema de relaciones laborales (Ley 20.940). Aumentar la cobertura de la negociación colectiva, promover el diálogo, equiparar la asimetría de poder existente en la relación laboral para que trabajadores y empleadores puedan negociar con igualdad de medios al interior de la empresa (equiparar la cancha), encauzar el conflicto laboral por mecanismos pacíficos de regulación de controversias, eliminar el reemplazo de los trabajadores en huelga, fortalecer la capacidad operativa de la Dirección del Trabajo, fueron algunos de los objetivos que se plasmaron en el mensaje presidencial que dio inicio al debate legislativo de la tan esperada reforma.

A más de un año de su entrada en vigencia, los objetivos enunciados no se han cumplido a cabalidad, especialmente porque la cancha sigue desnivelada dado que la huelga—herramienta indispensable para disminuir la asimetría de poder existente al interior de la relación laboral— se ha visto fuertemente coartada por los límites legales que se impusieron a su ejercicio.

La presente sección tiene por finalidad dar cuenta de cómo se han venido aplicando los límites que el legislador laboral ha consagrado para el ejercicio del derecho de huelga, con el fin de determinar si efectivamente han sido utilizados para garantizar derechos constitucionales de terceros (sujetos ajenos al conflicto), o más bien para reservar espacios de inmunidad a favor de los intereses empresariales y/o del gobierno.

PALABRAS CLAVES: derecho de huelga, servicios esenciales, servicios mínimos, reforma laboral, sindicatos.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la huelga como derecho fundamental y su incorporación al sistema jurídico, la obliga a interactuar y a entrar en diálogo² con otros derechos. Se trata de la indiscutida configuración de la huelga como un derecho limitado o no absoluto,³ producto de la necesaria convivencia que debe tener con otros derechos e intereses fundamentales de la vida en sociedad.⁴ Ahora, si bien ningún derecho fundamental es absoluto, tampoco lo son los límites que puedan establecerse a su ejercicio cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales, los que deben ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la efectividad y esencia del derecho objeto de limitación.⁵

Ante ese conflicto de derechos, el ordenamiento jurídico debe activar algún tipo de respuesta, la que tradicionalmente se ha movido entre la prohibición y la permisión condicionada de la huelga en los servicios esenciales.

En el caso chileno, existe una ordenación constitucional y legal que resuelve autoritativamente el conflicto entre el derecho de huelga y los otros derechos fundamentales con los que pueda entrar en colisión, que, como veremos a continuación, es bastante peculiar.

- 2 Terminología utilizada por Valdés Dal-Ré, para quien la huelga, al entrar en diálogo con otros derechos, debe ejercitarse de un modo compatible con la satisfacción de intereses fundamentales de la vida en comunidad. Fernando Valdés Dal-Ré, "Derecho de huelga e interés comunitario: los criterios de solución de un conflicto de derechos fundamentales", en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, 2002, p. 755.
- 3 Compartiendo tal premisa –los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados– Gargarella nos invita a no dejar dicha afirmación en el vacío, ya que lo que verdaderamente importa en estos casos, es cuándo y por qué razones puede limitarse un derecho. De lo contrario, lo que tiende a ocurrir es que se fijen límites a los derechos fundamentales de modo discrecional. Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: el primer derecho*, Buenos Aires, Departamento de publicaciones Facultad de Derecho UBA y Ad-Hoc S.R.L., 2007, p. 66.
- 4 Fernando Valdés Dal-Ré, "Servicios Esenciales y servicios mínimos en la función pública, La Ley, Tomo II, 1986, p. 125.
- 5 Vicente Martínez, Francisco Pérez y Eduardo Rojo, "Los límites del derecho de huelga en la Constitución Española", *Revista Técnico Laboral*, N° 59, 1994, p. 40.

Esta peculiaridad viene determinada porque nuestro legislador ha consagrado una trilogía de limitaciones al derecho de huelga cuando su ejercicio puede poner en peligro derechos fundamentales de terceros, que van desde la prohibición lisa y llana de su ejercicio, hasta la posibilidad de detener o poner fin a la misma por medio de la acción judicial de reanudación de faenas.

De esta manera, el legislador nacional consagró tres tipos o clases de límites al derecho de huelga⁶ cuyo centro es la protección de esferas jurídicas de terceros —no del empleador—, que afectarán o incidirán en su ejercicio con distinta intensidad. Nos referimos a la prohibición de ejercicio del derecho de huelga para los trabajadores que se desempeñan en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional;⁷ la obligación de prestar servicios mínimos para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.⁸ Por último, la acción judicial de reanudación de faenas, que puede ser ejercida ante una huelga o cierre temporal de la empresa donde no se hayan fijado servicios mínimos y que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.⁹

Esta trilogía de limitaciones permite encuadrar al modelo chileno dentro de aquellas soluciones normativas que consagran un ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga, en conjunto con un régimen de carácter restrictivo, que estaría constituido por la institución de los servicios mínimos y la acción judicial de reanudación de faenas.

Esto se produce porque la prohibición que se consagra al ejercicio del derecho de huelga no se fija en base a la posible afectación de todos los derechos fundamentales de terceros, incorporándose exclusivamente dentro del ámbito de delimitación de la prohibición del

6 Recordemos que en agosto de 2016 fue promulgada la Ley 20.940 que moderniza el sistema de relaciones laborales en Chile, introduciendo una serie de modificaciones al Código del Trabajo en materia de relaciones colectivas de trabajo, entre ellas, las vinculadas con las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga. La presente sección entonces, analizará las limitaciones del derecho de huelga en Chile que se derivan de la protección de las esferas jurídicas de terceros, en base a esta nueva configuración normativa, cuya entrada en vigencia se verificó el día 1 de abril del año 2017.

7 Artículo 362 del Código del Trabajo.

8 *Ibid.*, Artículo 359.

9 *Ibid.*, Artículo 363.

ejercicio del derecho tres criterios abstractos –servicios de utilidad pública, economía nacional y abastecimiento de la población– y dos derechos fundamentales –salud y seguridad nacional–. Esto significa que existirá una serie de derechos fundamentales que pudiendo entrar en colisión con el ejercicio del derecho de huelga, no determinarán la prohibición de su ejercicio y, a su vez, que la referida prohibición solo tiene por objeto tutelar o garantizar los derechos fundamentales de carácter vital, a saber, la vida, salud y seguridad de la nación,¹⁰ toda vez que esos son los únicos derechos fundamentales considerados por el legislador constitucional en la norma prohibitiva del derecho de huelga.

Ahora, al utilizarse las categorías abstractas precedentemente indicadas, no podemos desconocer que existirá un riesgo de extensión indebida del concepto cuando la autoridad competente determine las empresas que quedarán sujetas a la referida prohibición.¹¹ Es por ello que en el caso chileno, dependiendo de cómo se concreten los conceptos jurídicos indeterminados en comento, existirá un ámbito de prohibición de la huelga más amplio o reducido. En otras palabras, la mayor o menor extensión del campo de prohibición de la huelga quedará en manos de la autoridad de aplicación competente.

No obstante lo anterior, y teniendo en vista que la restricción o limitación de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, debe venir sustentada por el ejercicio de otro derecho fundamental,¹² más allá de la flexibilidad que entregan estos conceptos jurídicos indeterminados, lo cierto es que el ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga no se fija en base a la totalidad de los derechos fundamentales de terceros, sino que exclusivamente sobre la base de los derechos a la salud y seguridad nacional, a los que se debe añadir el derecho a la vida. En consecuencia, son solo estos derechos a los que en definitiva deberán servir las empresas que sean incorporadas a la categoría de esenciales o estratégicas.

Teniendo claro cuáles serán los derechos fundamentales que tendrán la capacidad de prohibir el ejercicio del derecho de huelga, cabe preguntarse: ¿el legislador nacional entrega alguna respuesta o solución a los casos en que el derecho de huelga colisione con derechos

10 Si bien el legislador constitucional no hace mención expresa al derecho a la vida, al protegerse el derecho a la salud, entenderemos por añadidura incluido el derecho a la vida.

11 De acuerdo con el artículo 362 del Código del Trabajo, la determinación de las empresas que quedarán sujetas a la prohibición en comento corresponde a los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo. Dicha calificación se realizará cada dos años, dentro del mes de julio, previa solicitud fundada de parte, la que deberá presentarse hasta el 31 de mayo del año respectivo.

12 José Luis Ugarte, *Derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Santiago, Legal Publishing, 2013, pp. 114-115.

fundamentales distintos a la vida, salud y seguridad de las personas, por ejemplo, la libertad de circulación? O, formulada la pregunta en otros términos, ¿se establecen limitaciones o restricciones adicionales al ejercicio del derecho de huelga?

La respuesta es sí. Fuera del ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga, nuestro legislador consagró dos restricciones adicionales que se vinculan con la protección de esferas jurídicas de terceros –los servicios mínimos y la acción judicial de reanudación de faenas–.

Entonces, junto con existir una esfera donde el ejercicio del derecho de huelga estará prohibido, nuestro legislador consagró un régimen especial de carácter restrictivo al que deberá sujetarse el ejercicio del derecho de huelga cuando choque o colisione con ciertos y determinados bienes jurídicos que son enunciados por el legislador.

Podemos sostener, entonces, que nuestro modelo de regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales tiene la particularidad de combinar medidas prohibitivas con medidas restrictivas. Es decir, se excluye el ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores que se desempeñan en actividades destinadas a satisfacer los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad de las personas y, a su vez, se establecen medidas especiales de restricción –servicios mínimos– cuando sea necesario garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población y la prevención de daños ambientales o sanitarios. Junto con ello, para los casos en que no hayan sido previstos o decretados servicios mínimos y cuando las características, oportunidad o duración de una huelga causaren grave daño a la salud, medio ambiente, abastecimiento de bienes o servicios de la población, economía del país o seguridad nacional, se podrá solicitar a los Tribunales del Trabajo la reanudación de faenas, sometiendo el conflicto a arbitraje obligatorio.

La presente sección, entonces, tiene por objeto analizar cómo han operado en la práctica estos límites, si han respetado los estándares internacionales o, por el contrario, han sido utilizados para restar efectividad al derecho de huelga.

1. LA PROHIBICIÓN DE EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La primera limitación consagrada por el legislador nacional es la prohibición lisa y llana del derecho fundamental de huelga para los trabajadores que prestan servicios en corporaciones o empresas que atienden servicios de utilidad pública o cuya paralización pueda causar un grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento

de la población o a la seguridad nacional, prohibición que tiene consagración constitucional.¹³

Se trata de la máxima restricción posible que un ordenamiento jurídico puede imponer al derecho de huelga. En otros términos, la alternativa más radical que existe para resolver el conflicto de derechos que se presenta en este especial ámbito, donde determinados derechos constitucionales prevalecerán de forma absoluta sobre el ejercicio del derecho de huelga.

Esta prohibición total del ejercicio del derecho de huelga, ¿respetar los estándares internacionales vinculados con la delimitación del ámbito prohibido del derecho de huelga?

En las observaciones formuladas al gobierno chileno por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), respecto a la nueva configuración de los límites al derecho de huelga, el organismo sostuvo algo que hace años le ha venido señalando al gobierno chileno: que la determinación de las empresas en las que no se podrá ejercer el derecho de huelga cubre potencialmente servicios que desbordan la definición de “servicios esenciales” en el sentido estricto del término elaborado por el organismo internacional y que sirve de parámetro para fijar el ámbito de prohibición de la huelga, es decir, aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. En la observación se señala expresamente “que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía son más amplias que la de servicios esenciales”.¹⁴

13 Nuestra Constitución Política no consagra de forma expresa el derecho de huelga. Simplemente se limita a señalar cuándo estará prohibido su ejercicio en los siguientes términos: “No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”. (Artículo 19 n° 16, parte final). El proyecto de reforma constitucional de la ex presidenta Bachelet (Boletín N° 11.617-07), ingresado a 5 días de terminar su segundo mandato presidencial, si bien parte de un reconocimiento positivo del derecho de huelga, vinculado eso sí a la negociación colectiva, no levanta la prohibición de ejercicio del derecho de huelga para los trabajadores que prestan servicios en instituciones, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud y al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La única novedad de la propuesta de reforma constitucional viene dada porque se elimina, como criterio para delimitar el ámbito de la prohibición del ejercicio del derecho de huelga, el daño a la economía nacional, manteniéndose eso sí el modelo prohibitivo expuesto y la referencia a los servicios de utilidad pública.

14 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Solicitud directa, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)*. Chile, 106ª reunión CIT (2017).

En concordancia con la prohibición constitucional, el legislador laboral reguló el procedimiento en base al cual se determinarán las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición en comento, tarea que se concreta en la actualidad, tras el debate de la famosa Reforma Laboral, en el artículo 362 del Código del Trabajo.

Bajo la actual regulación, la determinación de si una empresa presta un servicio de utilidad pública o de si su eventual paralización puede causar grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional, se realiza por la autoridad gubernativa cada dos años, previa solicitud de parte, la que deberá ser ingresada antes del 31 de mayo del año respectivo. Una vez recibida, la solicitud debe ser puesta en conocimiento de la contraparte empleadora o trabajadora, para que, dentro del plazo de 15 días, formule las observaciones que estime pertinentes. Luego de recabarse las observaciones de la parte contraria, la solicitud deberá ser resuelta en el mes de julio del año respectivo por medio de una resolución conjunta de los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo.

De la regulación actual se puede desprender que la calificación de “esencialidad” de un servicio dejó de ser una potestad oficiosa de la autoridad pública representada por los 3 ministerios en comento, pasando a ser un procedimiento contradictorio que debe ser promovido por la parte interesada, reconociéndose el derecho de la contraparte de aquel que haya promovido la solicitud, de realizar las observaciones que estime pertinentes, dentro del plazo de 15 días desde que haya tomado conocimiento de la misma.¹⁵

En cuanto a los titulares de esta solicitud, nuestro legislador no los circunscribió a quienes representan los intereses en conflicto (trabajadores y usuarios de los servicios esenciales, por sí mismos o a través de la autoridad pública que represente sus legítimos intereses), sino que entregó tal herramienta a la parte empleadora y trabajadora, olvidando con ello que la finalidad de esta medida es la tutela de los derechos fundamentales de terceros y no los de los empleadores. En efecto, residiendo la titularidad de la solicitud para ser incluidos en el listado de

15 En el mensaje presidencial con el que se dio inicio al debate parlamentario de la reforma laboral, se señala como uno de sus objetivos mejorar el procedimiento para la calificación de las empresas en las que no se puede ejercer el derecho de huelga, “permitiendo el principio de bilateralidad, facultando a las partes a hacer valer sus alegaciones ante la autoridad, mediante un nuevo procedimiento judicial de carácter especial ante la Corte de Apelaciones, la que deberá pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de aquella calificación”. Mensaje N°362, de 29 de diciembre de 2014, de S.E. la Presidenta de la República recaído en el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, p. 9.

prohibición de la huelga en la parte empleadora,¹⁶ primará su interés de reservarse espacios de inmunidad frente a la huelga, antes que la genuina o verdadera protección de los usuarios de los servicios esenciales.¹⁷

En cuanto a la resolución triministerial que define la nómina de las empresas cuyos trabajadores no podrán declarar la huelga, si bien el legislador se limita simplemente a señalar que debe ser dictada previa solicitud de parte, cada dos años, dentro del mes de julio, sin hacer referencia a sus requisitos de fondo, estimamos que la misma debe estar debidamente motivada, dado que a través de ella se restringe de la forma más severa un derecho fundamental. Este deber de motivación es una exigencia derivada del carácter de derecho fundamental de la huelga, y en nuestro sistema cobra especial relevancia dado que a través de esta medida un número importante de trabajadores se verá impedido de ejercer la principal, sino única, herramienta de presión para la defensa de sus intereses. En razón de lo anterior, los trabajadores afectados por la medida de prohibición de la huelga tienen el derecho a conocer los motivos por los cuales la autoridad política decidió sacrificar su derecho de huelga.

Ahora, si bien el legislador laboral no exige que la resolución deba ser fundada, entendemos que este requisito de motivación emana de

16 El 22 de junio y 4 de julio de 2017, se publicó en el Diario Oficial la nómina de empresas que solicitaron ser incorporadas al listado de prohibición de la huelga, con el objeto de comunicar a las contrapartes trabajadoras para que en el plazo de 15 días, formularen las observaciones que estimen pertinentes. El total de empresas que elevaron la solicitud fue de 134, y entre ellas algunas cuyos servicios no se conectan de ningún modo con la atención de derechos fundamentales de carácter vital (vida, salud y seguridad), lo que demuestra que la titularidad para presentar tal solicitud no debió quedar en manos de la parte empresarial. Solo a modo referencial, elevaron tal solicitud empresas como: Buses Vule S.A., empresa de transporte de pasajeros que opera recorridos del Transantiago; Banco Central, generadoras eléctricas, Comercializadora de Trigo, la Corporación Municipal de Educación y Salud de Pirque, la Corporación Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), Fernando Samir Hales Chabán (farmacias), Laboratorio Sanderson S.A., empresas portuarias, Servicio de Administración Previsional S.A., servicios de hospitalización domiciliaria, Zona Franca de Iquique, entre otros.

Del total de solicitudes (134), la Resolución triministerial que determinó las empresas y corporaciones cuyos trabajadores no pueden declarar la huelga, sólo resolvió acoger 102, siendo rechazadas finalmente 32 solicitudes empresariales.

17 En diversas notas periodísticas que dan cuenta de la nómina de empresas que solicitaron ser incluidas al listado de prohibición de la huelga, figura como novedad que las empresas generadoras de electricidad elevaron tal solicitud con el objeto de ser incluidas por primera vez en el referido listado. Consultados por la razón de su solicitud, los representantes de las empresas indicaron que, como ahora la huelga efectiva es una posibilidad –tras la eliminación del reemplazo en la huelga– las compañías están intentando blindar la operación de ciertas centrales que serían indispensables para el funcionamiento del sistema eléctrico. Nota publicada en Revista Electricidad: “Por primera vez generadoras eléctricas postulan para ser declaradas empresas sin derecho a huelga”. 21 de junio de 2017. Diario Financiero.cl: “Por primera vez generadoras eléctricas postulan para ser declaradas empresas sin derecho a huelga”, 21 de junio de 2017.

la propia Constitución Política, al consagrarse los principios de probidad y transparencia de los actos de la administración del Estado.¹⁸ En el contexto legislativo, en tanto, se exige que todos los actos de la administración del Estado estén fundados, de manera que permitan a los ciudadanos comprender los motivos de las decisiones adoptadas, especialmente cuando a través de los mismos se pueda afectar algunos de sus derechos.¹⁹

Del marco constitucional y legal expuesto se colige que el acto a través del cual las autoridades ministeriales competentes determinan la nómina de empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho de huelga, debe estar debidamente fundado, debiéndose expresar los hechos y fundamentos de derecho de la decisión, ya que se trata de un acto que priva a determinados trabajadores del legítimo ejercicio del derecho de huelga.

Por lo tanto, las autoridades ministeriales no se pueden limitar a entregar la nómina de las empresas que son incorporadas al listado prohibitivo, ni tampoco a dar como fundamento de tal decisión la mera invocación genérica de los criterios fijados por el legislador para determinar el ámbito de prohibición del derecho de huelga (que se trata de servicios de utilidad pública cuya paralización causa un grave daño a la salud, a la economía del país, etc.), sino que se deben expresar todos los antecedentes que se tuvieron en cuenta para estimar que una determinada actividad debe estar incluida en el listado prohibitivo, con indicación precisa del derecho fundamental que se satisface por medio de la misma y las consecuencias que una eventual paralización pudiese generar en su goce y disfrute, de manera que se vean seriamente amenazados. Junto con ello, la autoridad deberá explicar debidamente por qué la medida a adoptar ha sido la prohibición del ejercicio del derecho de huelga y no otra más benigna, como son los servicios mínimos, sobre todo si consideramos que los criterios o supuestos normativos que habilitan para la aplicación de una u otra medida son prácticamente coincidentes.

La falta de una debida fundamentación constituirá una vulneración del propio derecho de huelga, que habilitará a los afectados a pedir la declaración de nulidad del acto o, al menos, de aquella parte del acto que no haya cumplido con tal exigencia.

18 En efecto, de acuerdo con el artículo 8 de la Constitución Política, "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen."

19 Incisos 1, 2 y 3° del artículo 11 bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y artículo 11 de la Ley 19.880.

1.1. El listado prohibitivo de empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho de huelga

Por resolución conjunta de los ministros del Trabajo, Defensa y Economía,²⁰ para el año 2017 se resolvió incluir en el listado prohibitivo a las empresas concesionarias de servicios sanitarios,²¹ a las empresas de distribución y transmisión eléctricas²² y a las empresas de servicios de gas (transporte y distribución),²³ al estimarse que las mismas brindan un servicio de utilidad pública; a diversos centros de diálisis del país, al considerarse que la paralización de sus actividades puede ocasionar un grave daño a la salud de las personas.²⁴ Asimismo, se agregó en el listado al Banco Central, dado que la paralización de sus actividades puede causar un grave daño a la economía del país;²⁵ a los puertos que están al servicio del Tratado Internacional de Paz, Amistad y Comercio de Chile y Bolivia (Terminal Puerto Arica S.A., Empresa Portuaria de Arica, Antofagasta Terminal Internacional S.A. e Iquique

- 20 El 5 de agosto de 2017 fue publicada en el Diario Oficial la Resolución Exenta N° 133 de 28 de julio de 2017, por medio de la cual se determinaron las empresas y corporaciones que se encuentran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 362 del Código del Trabajo, siendo incorporadas al listado un total de 102 empresas de las 134 que previamente habían solicitado ingresar al mismo.
- 21 El fundamento entregado en la Resolución Exenta N° 133 para incluir en el listado prohibitivo a las empresas concesionarias de servicios sanitarios, fue que de acuerdo a la Ley General de Servicios Sanitarios y a la jurisprudencia de la Contraloría General de la República contenida en los dictámenes 37.849, de 2007 y 53.479 de 2008, las referidas empresas prestan un servicio de utilidad pública.
- 22 Para el caso de las empresas eléctricas de distribución y transmisión, la Resolución Triministerial fundamenta su incorporación en el listado en base a que la Ley General de Servicios Eléctricos señala que los servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica constituyen servicios de utilidad pública. En cambio, no tienen tal consideración y por tanto, fueron excluidas del listado, las empresas de generación de electricidad, que como vimos, elevaron la solicitud a efectos de poder ser incluidas por primera vez en el listado prohibitivo, para de ese modo blindarse frente a una huelga efectiva. De esta manera, se sigue el criterio del órgano contralor contenido en el Dictamen 11.512, de 5 de marzo de 2009.
Cabe hacer presente también que las empresas de distribución y transmisión eléctrica han sido incluidas al listado prohibitivo, al menos desde 1990 a la fecha.
- 23 Nuevamente el fundamento entregado para incorporar a las empresas de servicios de gas dentro del listado prohibitivo fue que la Ley de Servicios de Gas señala que las concesiones de servicio público de distribución de gas y de redes de transporte de gas constituyen un servicio de utilidad pública, siguiendo con ello el criterio contenido en Dictamen 98.667, de 19 de diciembre de 2014, emitido por la Contraloría General de la República, el cual señala que la resolución exenta que incluyó a la empresa GNL Mejillones S.A. al listado de empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho de huelga, se ajusta a derecho, toda vez que se trata de una empresa que presta un servicio de utilidad pública al administrar el terminal de regasificación de gas natural licuado que abastece el sector minero y energético del norte grande del país.
Al igual que el caso anterior, las empresas de servicios de gas han sido incluidas al listado prohibitivo, al menos desde 1990 a la fecha.
- 24 Cabe hacer presente que esta es la primera vez que los centros de diálisis son incluidos al listado prohibitivo.
- 25 La inclusión del Banco Central al listado prohibitivo se ha realizado de forma invariable, al menos desde 1990 a la fecha.

Terminal Internacional S.A.) y, finalmente, en base a la causal relativa al grave daño para el abastecimiento de la población, fueron incluidas empresas que aseguran la adecuada subsistencia e insumos básicos para la población, especialmente respecto de determinadas zonas geográficas del país.

Respecto a las empresas que ingresaron al listado prohibitivo bajo el argumento de que brindarían servicios de utilidad pública (concesionarias de servicios sanitarios, empresas eléctricas de distribución y transmisión y empresas de transporte y distribución de gas), podemos ver que la resolución triministerial siguió la línea argumentativa que la Contraloría General de la República había construido frente a los diversos requerimientos que fueron interpuestos bajo la anterior regulación. En efecto, la inclusión de estas empresas en el listado prohibitivo estuvo fundamentada por su condición de servicios públicos, haciéndose referencia expresa a las respectivas leyes reguladoras que les confieren la condición o calidad de servicios de utilidad pública.²⁶ En otras palabras, la autoridad, constatando que tales empresas tienen la condición de servicios públicos o de utilidad pública, resolvió incorporarlas al listado prohibitivo de manera automática, sin ponderar ninguna otra circunstancia.

Ahora, ¿es suficiente esa mera constatación para aplicar la medida más severa de restricción de un derecho fundamental? A nuestro juicio, no. La autoridad, junto con verificar que tales empresas constituyen

26 Para el caso de las empresas concesionarias de servicios sanitarios, el artículo 5 de la Ley General de Servicios Sanitarios (Decreto con Fuerza de Ley N° 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas), señala que a las referidas empresas concesionarias les corresponde prestar los servicios públicos de producción de agua potable, de distribución de la misma; de recolección de aguas servidas y de disposición de estas últimas, con lo cual queda claro que tales servicios proveen la satisfacción de necesidades básicas de la población. En cuanto a las empresas de transmisión y distribución eléctricas, el artículo 7 de la Ley General de Servicios Eléctricos dispone que es servicio público eléctrico el suministro que efectúe una empresa concesionaria de distribución a usuarios finales ubicados en sus zonas de concesión, o bien a usuarios ubicados fuera de dichas zonas, que se conectan a las instalaciones de la concesionaria mediante líneas propias o de terceros. Junto con ello, el artículo en referencia señala que es servicio público eléctrico, el transporte de electricidad por sistemas de transmisión nacional, zonal y para polos de desarrollo de generación. Por lo tanto, los servicios de transmisión y distribución de energía eléctrica cumplen la función de entregar prestaciones que constituyen un servicio de utilidad pública. Finalmente, el numeral 9 del artículo 2 de la Ley de Servicios de Gas, dispone que las concesiones de distribución de gas y de redes de transporte de gas, constituyen un servicio público.

En base a lo anterior, el organismo contralor ha estimado que tales empresas deben estar incluidas en la nómina de empresas cuyos trabajadores no pueden declarar la huelga, "sin que sea legalmente procedente recurrir a la ponderación de otros factores para incluir o excluir a esa entidad de la enumeración contenida en la resolución conjunta que prevé esta disposición, toda vez que la ley no lo contempla". Entre otros: Dictámenes de la Contraloría General de la República 37.849, de 21 de agosto de 2007; 53.479, de 13 de noviembre de 2008; 11.512, de 5 de marzo de 2009 y 98.667, de 19 de diciembre de 2014.

servicios públicos o de utilidad pública, debió haber analizado caso por caso, y no de forma general, por qué su eventual paralización provocaría una imposibilidad absoluta a la población de recibir las prestaciones más básicas e imprescindibles para su bienestar. Junto con ello, debió haber distinguido las diversas áreas que conforman la empresa, ya que no todas están vinculadas con la prestación del servicio de utilidad pública que se intenta garantizar. Ese análisis casuístico (empresa por empresa), que no está contenido de forma alguna en la resolución administrativa en comento, es el que se hubiera esperado tras la modificación del procedimiento de calificación de las empresas cuyos trabajadores no pueden declarar la huelga. En efecto, bajo el procedimiento actual, recibida la solicitud para ingresar al listado prohibitivo, se debe dar traslado a la contraparte, en este caso trabajadora, para que haga las observaciones que estime pertinentes. Recibidas esas observaciones, la autoridad triministerial debe resolver, entregando los fundamentos de su decisión, para lo cual tiene que hacerse cargo tanto de los argumentos expuestos en la solicitud de incorporación, como de los entregados por los trabajadores u organización sindical para rechazar tal inclusión. La autoridad, al no hacerse cargo de las observaciones formuladas por las contrapartes trabajadoras, ha vulnerado el carácter contradictorio del procedimiento de calificación de la esencialidad de un servicio y, por tanto, la necesaria imparcialidad del mismo.

Al no haber existido un ejercicio de ponderación de las circunstancias que en definitiva determinan el grado de afectación de tales intereses y por tanto, la idoneidad y necesidad de la medida de prohibición, la decisión de la administración de incorporar a cada una de las empresas concesionarias de servicios sanitarios, empresas de distribución y transmisión eléctrica y empresas de servicios de gas en el listado prohibitivo, carece de la debida fundamentación y, por ende, es vulneratoria del derecho fundamental de huelga.

Por otro lado, la fundamentación es totalmente insatisfactoria, ya que no justifica porqué se prefirió la aplicación de prohibición siendo que para el mismo supuesto –garantizar la atención de servicios de utilidad pública–, el legislador previó una medida igualmente idónea que resulta más benigna para el derecho de huelga, que corresponde a los servicios mínimos. Por lo tanto, la prohibición es desproporcionada por innecesaria.

En segundo lugar, respecto de la incorporación al listado prohibitivo de diversos centros de diálisis del país, al considerarse que la paralización de sus actividades puede ocasionar un grave daño a la salud de las personas, las autoridades ministeriales tuvieron en consideración que los procesos de diálisis son tratamientos vitales para las personas que sufren de enfermedad renal crónica. Junto con ello, las autoridades tienen en vista un dato fáctico, cual es que la mayoría de

los pacientes con enfermedad renal crónica reciben tratamientos en centros de diálisis privados, ya que la red de salud pública no tiene capacidad para atenderlos a todos. Ahora, fuera de estos antecedentes, la autoridad no explica de forma detallada por qué la paralización de cada una de las empresas que elevaron la solicitud pone en grave riesgo la salud de los pacientes que se atienden en las mismas, ni mucho menos entrega fundamentos sobre la necesidad de aplicar la medida de prohibición, siendo que para los efectos de no poner en riesgo la salud de los pacientes de cada centro de diálisis pudo haber operado una restricción menos gravosa, como son los servicios mínimos. Incluso, ante una huelga en curso que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, el empleador o la Dirección del Trabajo disponen de la posibilidad de solicitar al Tribunal respectivo la reanudación de faenas.

En consecuencia, sin desconocer que los procesos de diálisis son tratamientos vitales, en nuestra opinión, las solicitudes realizadas por diversos centros de diálisis para ser incluidas en el listado prohibitivo de la huelga debieron haber sido rechazadas, dado que, por un lado, no se analiza caso por caso porqué una eventual paralización de sus actividades puede ocasionar un grave daño a la salud de los pacientes y, por otro, porqué no se explica de modo alguno la necesidad de la medida de prohibición, existiendo expresamente otras medidas de restricción del derecho de huelga que son igualmente idóneas para garantizar la salud de las personas. A nuestro juicio, la prohibición total del derecho de huelga solo podría justificarse si existiese una imposibilidad absoluta para quienes padecen de insuficiencia renal crónica de recibir un tratamiento de diálisis oportuno, un supuesto difícil de que se produzca si se tiene en cuenta que en nuestro modelo normativo la huelga generalmente es ejercida dentro del procedimiento de negociación colectiva que tiene lugar en el marco de la empresa, por lo que difícilmente pudiese existir una huelga que afectase de forma simultánea a la totalidad de los centros de diálisis privados que existen en nuestro país. Por lo demás, en el supuesto descrito de grave daño a la salud de la población, cabe aplicar una medida de restricción de la huelga igualmente idónea, para evitar el referido daño, y que es menos incisiva que su prohibición total: los servicios mínimos. En consecuencia, la incorporación en el listado prohibitivo de los centros de diálisis es totalmente desproporcionada.

En tercer lugar, las autoridades ministeriales, utilizando el criterio de grave daño para la economía del país, decidieron incorporar en el listado prohibitivo al Banco Central, argumentando que por medio de esta medida, además de asegurar el cumplimiento de sus funciones, se garantiza la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos del país. Se trata del criterio más polémico

y cuestionable consagrado por nuestro legislador constitucional para fijar el ámbito de prohibición de la huelga, dado que no se conecta o vincula, ni siquiera remotamente, con la tutela o protección de derechos fundamentales de terceros. En consecuencia, no es un criterio legítimo para aplicar la restricción más severa al ejercicio del derecho de huelga. Este criterio, por lo demás, no se ajusta a la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo, la que si bien admite como legítimo que pueda existir un espacio de prohibición del ejercicio del derecho de huelga, señala que ese ámbito es aplicable solo al concepto estricto de servicios esenciales, es decir, únicamente aquellos cuya paralización puede ocasionar un grave daño a la vida, salud y seguridad de las personas en toda o parte de la población.²⁷ Por otro lado, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que cuando las huelgas y otras acciones conexas puedan tener repercusiones perjudiciales para el comercio y el intercambio, tales consecuencias no convierten de por sí al sector afectado en un servicio esencial, no siendo admisible, por lo tanto, la imposición de restricciones o límites a su ejercicio.²⁸

En cuarto lugar, y sin vincular la prohibición de ejercicio del derecho de huelga con alguno de los criterios previstos en la legislación, las autoridades ministeriales decidieron incorporar, en el listado prohibitivo, a los puertos que están al servicio del Tratado Internacional de Paz, Amistad y Comercio de Chile y Bolivia (Terminal Puerto Arica S.A., Empresa Portuaria de Arica, Antofagasta Terminal Internacional S.A. e Iquique Terminal Internacional S.A.). El fundamento entregado en este caso fue dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del país. Sin embargo, cabe hacer presente que tal criterio no está dentro de los que habilitan para incluir a una empresa o corporación en el listado prohibitivo en comento, razón por la cual estimamos que en este punto las autoridades han excedido sus atribuciones, incorporando razones o argumentos que no fueron tenidos en vista ni por el legislador constitucional ni por el legislador ordinario a la hora de fijar el ámbito

27 En las observaciones formuladas al gobierno chileno por la CEACR de la OIT, se indica que la determinación de las empresas en las que no se podrá ejercer el derecho a huelga cubre potencialmente servicios que van más allá de la definición de servicios esenciales en el sentido estricto del término, toda vez “que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía son más amplias que la de servicios esenciales”. CEACR, Solicitud Directa, *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*, 1948 (núm. 87). Chile. 106ª reunión CIT (2017).

Tal observación ha sido realizada al gobierno chileno por la comisión desde 2002 a la fecha, tanto por la amplitud del criterio “grave daño a la economía del país”, así como por el hecho de que el Banco Central no constituye un servicio esencial en sentido estricto del término, y por ende, sus trabajadores debiesen gozar del ejercicio del derecho de huelga.

28 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, párr. 592, p. 128.

de prohibición del derecho de huelga.²⁹ Además, de forma reiterada la CEACR ha observado al gobierno chileno que las terminales portuarias de carácter privado no pueden ser consideradas servicios esenciales en sentido estricto del término, razón por la cual debiesen ser excluidas de la nómina de empresas cuyos trabajadores no pueden ejercer el derecho de huelga.³⁰

Finalmente, en cuanto a la causal relativa al abastecimiento de la población, la resolución triministerial, sin identificar las empresas que entrarían dentro de la referida causal, expresa que se incluyeron aquellos servicios que aseguran la adecuada subsistencia y suministro de insumos básicos a la población, especialmente en determinadas zonas geográficas del país. Nuevamente entonces, y con el agravante de que no se identifican las empresas concretas que son incorporadas al listado prohibitivo en base al criterio de grave daño al abastecimiento de la población, la autoridad no entrega fundamentos para justificar la aplicación de este criterio. Se limita simplemente a invocar de forma genérica la necesidad de garantizar la subsistencia de la población y el suministro de insumos básicos, más no se explica por qué la paralización de una empresa, que de paso tampoco se conoce, puede poner en riesgo aquellos intereses.

Podemos ver entonces que la resolución triministerial que fija la nómina de empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho de huelga no está lo suficientemente fundada, especialmente porque no se hace cargo de las observaciones formuladas por las contrapartes trabajadoras de las empresas que elevaron la solicitud de incorporación al listado y, además, porque no explica, caso por caso, por qué la paralización de esas empresas pone en riesgo la prestación de servicios de utilidad pública o causa grave daño a la salud, economía del país, abastecimiento de la población o seguridad nacional. En definitiva, la resolución no justifica la proporcionalidad de la aplicación de la medida de limitación más severa para el ejercicio del derecho de huelga. Junto con ello, la definición o concreción de las empresas que son incluidas

29 Cabe hacer presente que la incorporación de empresas portuarias al listado prohibitivo ha sido fluctuante. En efecto, analizados los listados desde 1990 en adelante, se aprecia que recién en 1994 son incorporados, al interior de la nómina de empresas cuyos trabajadores no podrán declarar la huelga, únicamente los vigilantes privados de la Empresa Portuaria de Chile, incorporación que se mantuvo hasta 1997. Luego, en 1998 son incorporadas al listado prohibitivo las empresas creadas por la Ley 19.542, continuadoras legales de la Empresa Portuaria de Chile. Posteriormente, desde 1999 al 2013, han sido incorporadas diversas empresas portuarias. Solo a partir de 2014 la inclusión en el listado prohibitivo se limitó a las empresas que estarían al servicio del Tratado de Paz, Amistad y Comercio de Chile y Bolivia.

30 Entre otras: Observación (CEACR). Adopción: 2011, Publicación: 101ª reunión CIT (2012). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). Chile. Disponible en: <http://www.ilo.org>, visto por última vez el 10-7-2018.

al listado prohibitivo excede el concepto estricto de servicios esenciales acuñado por la OIT y que constituye el estándar para fijar el ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga.

1.2. La impugnación de la calificación de esencialidad realizada por la autoridad administrativa

Como a través de la calificación de servicios esenciales se restringirá de la forma más severa un derecho fundamental, deben existir vías idóneas para permitir su revisión judicial, la cual podrá abarcar diversos aspectos, tales como competencia, cumplimiento de formalidades; existencia de motivación; fundamentos fácticos y jurídicos; razonabilidad de la medida, proporcionalidad, entre otros.³¹

Tras la reforma de la Ley 20.940, se consagró un mecanismo específico de impugnación de la resolución triministerial que fija la nómina de empresas cuyos trabajadores no podrán declarar la huelga. En concreto, nuestro legislador consagra una acción específica de reclamación de la resolución cuyo conocimiento es entregado a la Corte de Apelaciones.³²

Publicada en el Diario Oficial la nómina de empresas cuyos trabajadores tendrán prohibido el ejercicio del derecho de huelga, la empresa o los afectados³³, podrán interponer reclamo, dentro de los 15 días siguientes, en contra de la resolución en comento ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre domiciliado el reclamante, a elección de este último. Recibida la reclamación, la

31 Para Zúñiga "todas las determinaciones que tome la Administración del Estado son revisables en sede judicial y en todos sus aspectos (control de competencia, de la investidura regular, del cumplimiento de las formas procedimentales, fundamentos de los hechos invocados, su calificación y apreciación, la proporcionalidad y razonabilidad de la medida, etc.)". Francisco Zúñiga, "Control judicial de los actos políticos: recurso de protección ante las cuestiones políticas", *Revista Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, vol. 14, n° 2, 2008, p. 281.

32 Artículo 362 inciso final del Código del Trabajo.

33 Los términos escogidos por el legislador para fijar la titularidad del ejercicio de la acción de reclamación no fue la más adecuada: "la empresa o los afectados".

Queda claro que uno de los titulares del presente reclamo puede ser la empresa que habiendo elevado la solicitud para ser incorporada al listado prohibitivo, no haya sido finalmente incluida en la resolución triministerial. Sin embargo, el legislador añade posteriormente de forma genérica a los afectados, sin mayores precisiones, por lo que, dado que a través de la resolución objeto de reclamación se restringe el derecho fundamental de huelga de los trabajadores que laboran en las empresas incluidas al listado, debemos entender que serán también titulares de la acción los trabajadores y las organizaciones sindicales existentes en la misma. Junto con ello, dada la referencia genérica a los afectados, debemos entender que podrán ser titulares de la acción los usuarios o sus respectivas organizaciones, dado que los mismos también tendrán la calidad de afectados en el evento de que no haya sido incorporada al listado una determinada empresa que, a su juicio, brinda un servicio esencial conforme a los criterios establecidos en nuestra legislación. Luego, el legislador establece que interpuesta la reclamación, la empresa y el o los sindicatos, según corresponda, podrán hacerse parte en el respectivo reclamo de conformidad a las normas generales.

Corte requerirá de informe conjunto a los ministros que suscribieron el acto reclamado, concediéndole un plazo de 10 días para evacuarlo, pudiendo además decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado produzca un daño irreparable al recurrente. Evacuado el traslado o teniéndosele por evacuado en rebeldía, la Corte podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario. Una vez recibida la prueba, ordenará traer los autos en relación para proceder a la vista de la causa. Realizados los alegatos por las partes, la Corte, en caso de dar lugar al reclamo, ordenará la rectificación del acto impugnado y la dictación de la respectiva resolución donde se incluya o excluya a la empresa, según corresponda.

Como hemos visto, a finales de julio de 2017 se dictó la Resolución Exenta N° 133, la que fue publicada en el Diario Oficial el 5 de agosto de 2017. El total de reclamos que se interpuso en su contra fue de 35. Cinco de ellos fueron interpuestos por empresas,³⁴ y los 30 restantes por organizaciones sindicales.³⁵ Podemos ver entonces que el grueso de los reclamos han sido ejercidos por organizaciones sindicales, principales afectados con la prohibición total del ejercicio del derecho de huelga. A la fecha de cierre de la presente investigación, los reclamos ejercidos se encuentran pendientes de resolución, lo que hace imposible determinar la efectividad de esta herramienta de control judicial.

1.3. El arbitraje obligatorio: la medida de compensación ante la prohibición total de ejercicio del derecho de huelga

Los trabajadores que se verán privados del ejercicio del derecho de huelga por prestar servicios en una empresa que ha sido incluida en el listado prohibitivo, deberán contar con medidas compensatorias adecuadas para suplir la ausencia de su principal herramienta de lucha. En estos casos, como indica el Comité de Libertad Sindical de la OIT, “los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios”.³⁶

34 Recordemos que de un total de 134 empresas que elevaron la solicitud para ser incluidas en el listado prohibitivo, solo fueron aceptadas 102, quedando en consecuencia 32 fuera del listado, y de esas 32 empresas, solo 5 ejercieron la acción de reclamación, en específico: Enel Generación Chile S.A.; Zona Franca de Iquique S.A.; Empresa Depuradora de Aguas Servidas Mapocho-Treball Limitada, la que posteriormente se desistió de la reclamación; Buses Vule S.A. y, finalmente, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., que también se desistió de la reclamación.

35 Ejercieron esta acción de reclamación diversos sindicatos de empresas eléctricas del país; el sindicato de trabajadores de la empresa Comunidad de Servicios Remodelación San Borja S.A.; el sindicato de trabajadores del Banco Central de Chile; el sindicato de trabajadores de la empresa de Servicios Sanitarios Bío-Bío S.A.; el sindicato de trabajadores de la Sociedad Nacional de Oleoductos S.A.; el sindicato de trabajadores de Gas Sur S.A. y el Sindicato de Trabajadores de Aguas Andinas S.A.

36 OIT (2006), párrafo 595, p. 129.

En general, la medida que por excelencia se consagra para suplir la ausencia del derecho de huelga es el arbitraje obligatorio, estableciéndose en caso de que las partes no logren alcanzar un acuerdo, deberán someter el conflicto a arbitraje. Además, cuenta con la aprobación de los órganos de control de la libertad sindical de la OIT,³⁷ entidades que la han incluido dentro del repertorio de medidas compensatorias para los trabajadores privados del ejercicio del derecho de huelga (aquellos que se desempeñan en servicios esenciales en sentido estricto), con la condición de que se trate de un procedimiento adecuado, imparcial y rápido, donde los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados sean aplicados por completo y rápidamente, siendo esencial, además, “que todos los miembros de los órganos encargados de esas funciones no solo sean estrictamente imparciales, sino que también lo parezcan, tanto a los empleadores como a los trabajadores interesados, para obtener y conservar la confianza de ambas partes, de lo cual depende realmente el funcionamiento eficaz del arbitraje, aun cuando sea obligatorio”.³⁸

Ante la imposibilidad de ejercer el derecho de huelga como herramienta de presión de los trabajadores en el contexto de la negociación colectiva, en caso de que las partes no logren un acuerdo directo, el legislador nacional ordena someter la negociación colectiva a la decisión de un tribunal arbitral, el que estará obligado a fallar a favor de la proposición de alguna de las partes.

Ahora, frente a la privación total del ejercicio del derecho de huelga cabe preguntarse si acaso el arbitraje es una herramienta de compensación adecuada. Como hemos visto, al menos desde la perspectiva de la OIT, pareciera que si el arbitraje está revestido de garantías de imparcialidad, rapidez, efectiva participación de los interesados en todas sus etapas y cumplimiento efectivo del laudo arbitral, constituiría una medida de compensación adecuada para los trabajadores que se ven privados del ejercicio del derecho de huelga.

Más allá del cumplimiento de las exigencias anteriormente mencionadas, es necesario preguntarse si el arbitraje es o no un contrapeso

37 Para el Comité de Libertad Sindical de la OIT, el arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga, solo sería admisible en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir, “en los casos de conflictos dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población”. OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, párrafos 564 y 565, p. 122.

38 En general, para los órganos de control de la libertad sindical de la OIT las garantías compensatorias de los trabajadores privados del derecho de huelga consisten en “procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos (...)”. Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000, p. 24.

efectivo ante la ausencia del derecho de huelga. Desde nuestra perspectiva no lo es, y menos aún en nuestro país donde el legislador fija de antemano los resultados del fallo arbitral: debe recoger la proposición de alguna de las partes,³⁹ es decir, o acepta la última propuesta de los trabajadores o acepta la del empleador, sin que exista posibilidad de construir una propuesta intermedia en base al análisis de los antecedentes presentados por las partes. Estimamos que la referida exigencia legislativa de fallar a favor de alguna de las proposiciones de las partes pugna o vulnera la exigencia de independencia que es proclamada por la OIT para que el arbitraje obligatorio sea una efectiva medida de compensación ante la privación del ejercicio del derecho de huelga. En efecto, el Comité de Libertad Sindical ha sostenido que “para conseguir y conservar la confianza de las partes, todo sistema de arbitraje debería ser realmente independiente, es decir, que los resultados de los arbitrajes no debieran ser predeterminados por criterios legislativos”,⁴⁰ y precisamente en el caso chileno el resultado del arbitraje viene condicionado por el legislador.

Ahora, fuera de la nota peculiar del procedimiento arbitral chileno, lo cierto es que no existe medida alguna que compense la ausencia del derecho de huelga. Como expresa Oscar Ermida, la huelga, en tanto medio de presión, reequilibrio y autotutela, no puede ser sustituida por otro medio de similar eficacia, ya que a la fecha dicho medio alternativo no ha sido inventado.⁴¹ Cosa distinta es que se diga que ante la prohibición absoluta del derecho de huelga el legislador deba consagrar un mecanismo de solución pacífica de las diferencias entre las partes, como lo es el arbitraje obligatorio, no obstante, señalar que sería una medida que compensa la ausencia del derecho de huelga parece excesivo, ya que el arbitraje en ningún caso puede ser entendido como un mecanismo de presión o de reequilibrio.

2. LOS SERVICIOS MÍNIMOS Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

2.1. Los supuestos de procedencia: ¿en qué casos deben garantizarse servicios mínimos?

Hemos dicho que junto al ámbito de prohibición de ejercicio del derecho de huelga, en el modelo chileno se consagra un régimen especial de carácter restrictivo, constituido precisamente por la obligación de

39 Artículo 390, inciso 1º, del Código del Trabajo. Dicha norma es continuista del ex artículo 363 del Código del Trabajo, el cual señalaba que en casos de arbitraje obligatorios el Tribunal Arbitral estaba obligado a fallar a favor de una de las dos posiciones de las partes.

40 OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, párrafo 569, p. 123.

41 Oscar Ermida, “La huelga en los servicios esenciales”, *XII Jornadas rioplatenses de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2001.

atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, o cuando sea necesario garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios.⁴²

La primera objeción que cabe formular a esta medida de limitación es que el legislador no precisó con exactitud cuál será el ámbito donde operará esta restricción, ya que no se indica cuáles son en específico las empresas o sectores que atienden servicios de utilidad pública, o las que están relacionadas con la atención de necesidades básicas de la población, ni mucho menos aquellas que pueden provocar daños ambientales o sanitarios. Con el propósito de acotar el ámbito donde la huelga quedará sujeta a esta importante restricción, hubiera sido deseable que el legislador listara los sectores donde cabe imponer este mínimo de actividad. Como ello no ocurrió, de la regulación actual se desprende que dicha tarea de concreción se irá realizando a iniciativa del propio empleador, ya que es este el que da inicio al proceso de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, según veremos a continuación.

¿Cómo opera este procedimiento de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia?

Nuestro legislador señala que antes del inicio de la negociación colectiva,⁴³ el empleador debe comunicar por escrito a todos los sindicatos existentes en la empresa, su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, remitiendo copia de la misma a la Inspección del Trabajo. Una vez que el o los sindicatos reciben la propuesta, tienen un plazo de 15 días para responder, respuesta que puede formularse en forma conjunta o por separado. Junto con ello, el

42 Artículo 359 del Código del Trabajo, inciso 1°. Ahora, nuestro legislador, junto con regular la obligación de garantizar la prestación de un mínimo de actividad cuando exista un peligro de daño a los bienes jurídicos de terceros recién individualizados, también regula la obligación de garantizar los denominados servicios de seguridad y mantenimiento. Ante esta regulación conjunta es importante aclarar que se trata de dos instituciones completamente diferenciadas. Por un lado, los servicios mínimos como medida de garantía de los servicios esenciales –institución que es objeto de análisis en la presente investigación–, y de otro, los servicios de seguridad y mantenimiento, que constituyen una medida de tutela de intereses propiamente empresariales, especialmente, para los efectos de que una vez que finalice la huelga la actividad productiva pueda reanudarse sin mayores dificultades. Antonio Ojeda, *Compendio de Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 244. En consecuencia, los supuestos vinculados con la protección de bienes corporales e instalaciones de la empresa y la prevención de accidentes, no serán objeto de análisis, ya que no están vinculados con la protección de esferas jurídicas de terceros –servicios esenciales–, sino que con la necesidad de garantizar la reanudación de la producción una vez que finalice la huelga –servicios de seguridad y mantenimiento–.

43 En específico, con una anticipación de a lo menos ciento ochenta días al vencimiento del instrumento colectivo vigente.

legislador le otorga un plazo total de 30 días, contados desde que se formuló la propuesta, para alcanzar un acuerdo.⁴⁴

Como se puede apreciar, ante la indeterminación de los casos en que procede imponer un mínimo de actividad, el legislador otorga al empleador la iniciativa para activar este procedimiento de calificación. En otras palabras, será la parte empleadora la que en principio calificará si su empresa está destinada a garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, o a atender las necesidades básicas de la población, o a garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios, por el solo hecho de presentar una propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia a las organizaciones sindicales existentes en la empresa. Ahora, en caso de que la empresa no tenga por finalidad satisfacer los bienes jurídicos protegidos por el legislador, el o los sindicatos de la empresa, en su respuesta a la propuesta del empleador, deberán oponerse a la aplicación de esa medida de restricción, oposición que deberá replicarse en todas las fases del procedimiento de calificación.

¿Qué pasa si las partes no logran un acuerdo?

En caso de que las partes no alcancen un acuerdo, nuestro legislador señala que cualquiera de ellas (que invariablemente será el empleador), podrá requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo para que sea ese organismo el que en definitiva califique los servicios mínimos y equipos de emergencia.⁴⁵ Esta fase de calificación administrativa de los servicios mínimos y equipos de emergencia deberá cumplir ciertos requisitos. En primer lugar, una vez que se recibe el requerimiento, la Dirección Regional del Trabajo deberá oír a las partes (exigencia de audiencia previa).⁴⁶ En segundo lugar, deberá solicitar un

44 Respecto de estos acuerdos de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, cabe señalar que por información proporcionada por la Dirección del Trabajo, al 15 de mayo de 2018 se habían depositado válidamente a nivel país un total de 316 acuerdos.

45 Artículo 360 inciso 8° del Código del Trabajo.

Al 15 de mayo de 2018, la Dirección del Trabajo informó que se han recepcionado a nivel país un total de 349 requerimientos de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia.

46 En cuanto a esta exigencia, es preciso indicar que la misma deriva del principio de contradictoriedad consagrado en el artículo 10 de la Ley 19.880. Al respecto la Dirección del Trabajo ha señalado que el rol de las partes es trascendental en este procedimiento, especialmente con el objeto de garantizar la imparcialidad del órgano administrativo. Es por ello que el requirente tiene la responsabilidad de justificar fundadamente la procedencia de los servicios mínimos y, a su vez, el Estado está obligado a evitar la limitación del derecho de huelga mientras no se demuestre la necesidad de la restricción que se alega, "esto considerando como base los principios de buena fe y *pro-homine*, los que buscan garantizar la prevalencia del derecho fundamental ante la ausencia de certeza sobre la circunstancia de resultar indispensable o estrictamente necesaria la limitación". Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, "Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia", p. 16.

informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda. Junto con ello, a requerimiento de parte o de oficio, la Dirección del Trabajo podrá realizar visitas inspectivas.⁴⁷

Habiendo escuchado a las partes y recibidos los informes técnicos, por resolución fundada⁴⁸ y dentro de los 45 días siguientes de formulado el requerimiento, la Dirección Regional del Trabajo emitirá la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia, que deberá ser notificada a las partes dentro de los 5 días siguientes a su emisión.⁴⁹

A primera vista pareciese que el procedimiento de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia es respetuoso de los estándares internacionales: el protagonismo para su determinación lo detentan las contrapartes sociales (empleador y organizaciones sindicales), y solo en caso de que las partes no logren un acuerdo intervendrá la Dirección del Trabajo. De otro lado, en caso de requerirse la intervención del órgano administrativo y ser ese organismo quien finalmente determine si procede aplicar esta medida de limitación y califique los servicios mínimos y equipos de emergencia, dentro del procedimiento se prevé de forma expresa la participación de las partes, en específico, de las organizaciones sindicales. Sin embargo, y aquí está el aspecto donde nuestra normativa se alejaría de los estándares internacionales, la participación de las organizaciones sindicales no se garantiza en todas las fases del procedimiento de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, dado que cuando se deben designar los trabajadores que integrarán los equipos de emergencia (quienes darán cobertura a los servicios mínimos), esa participación se ve debilitada. Veamos por qué.

47 Artículo 360 inciso 6° del Código del Trabajo.

Estas funciones investigativas de la Dirección del Trabajo no reemplazan la responsabilidad del requirente de acreditar su pretensión: la necesidad de limitar el derecho de huelga. Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, "Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia", p. 17.

48 De acuerdo a lo señalado por Ugarte, la exigencia de motivación o fundamentación implica que el órgano administrativo debe justificar la restricción que el derecho constitucional de huelga debe soportar, específicamente, la proporcionalidad de la medida en términos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. José Luis Ugarte, *Huelga y Derecho*, Santiago, Thomson Reuters, 2016, p. 233.

49 Lamentablemente nuestro legislador no exigió la publicidad de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia, de manera de que todos los ciudadanos podamos conocer en qué empresas o sectores la autoridad está imponiendo servicios mínimos, cuáles son los fundamentos de esa decisión y los criterios que ha tenido a la vista para la determinación su extensión y alcance. La única exigencia de publicidad es la de los estándares técnicos de carácter general que han servido de base para la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, los que deben ser publicados por la Dirección del Trabajo en abril de cada año (inciso 12° del artículo 360 del Código del Trabajo).

Como se sabe, en la legislación chilena, el ejercicio del derecho de huelga viene ligado al procedimiento de negociación colectiva. En los casos de las empresas donde se hubieren calificado servicios mínimos, sea por acuerdo directo de las partes o por imposición de la autoridad laboral, la designación de los trabajadores concretos que deberán cubrir ese mínimo de actividad (los que conformarán lo que nuestro legislador denomina como equipos de emergencia),⁵⁰ se realizará al momento de iniciar el procedimiento de negociación. Así, el legislador señala que al momento de dar respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por los trabajadores, el empleador deberá proponer a la Comisión negociadora sindical los trabajadores que compondrán los equipos de emergencia. Recibida la propuesta, la comisión negociadora sindical tendrá un plazo de 48 horas para responderla. En caso de no contestarla, se entenderá aceptada la propuesta del empleador. Ahora, si la comisión negociadora sindical manifiesta expresamente su rechazo o discrepancia en el número o identidad de los trabajadores del sindicato que deben conformar los equipos de emergencia, el empleador, dentro de los 5 días siguientes a la recepción de esa respuesta, debe solicitar a la Inspección del Trabajo que se pronuncie, la que tendrá un plazo de 10 días para resolver.⁵¹

Del procedimiento descrito se aprecia que el legislador entrega a la parte empresarial la iniciativa para designar a los trabajadores que compondrán los equipos de emergencia, consagrándose incluso una aceptación tácita de esa propuesta en caso de que la comisión negociadora sindical no se pronuncie sobre la misma. Ahora, en caso de que la propuesta sea rechazada de forma expresa, la verdad es que el legislador no consagra la vía de la negociación para los efectos de definir qué trabajadores compondrán los equipos de emergencia, ya que ante el rechazo de la propuesta de la empresa no se abre ningún período de negociación, sino que se establece que el empleador deberá solicitar a la Inspección del Trabajo su intervención, órgano que en definitiva procederá a designar a los trabajadores específicos que compondrán los equipos de emergencia. En consecuencia, no se trata de un acuerdo propiamente tal, ya que más bien la designación de los trabajadores que compondrán los equipos de emergencia recaerá o en el propio

50 De acuerdo con el inciso 2° del artículo 359 del Código del Trabajo, el equipo de emergencia es el personal destinado por el sindicato para atender los servicios mínimos.

51 Artículo 361 del Código del Trabajo.

empleador o en la Inspección del Trabajo.⁵² De esta manera, nuestra legislación no se ajusta al criterio sostenido por el CLS en cuanto a que “En la determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen deberían poder participar no solo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. En efecto, ello no sólo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales en el sentido de que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente y fijados unilateralmente”.⁵³

2.2. La intervención de la Dirección del Trabajo en la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia

Nuestro legislador regula expresamente la intervención de la Dirección del Trabajo en la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia. Se trata de una intervención subsidiaria: solo en caso de que las partes no hayan logrado alcanzar un acuerdo, y previo requerimiento de la parte interesada. De verificarse este supuesto, será el órgano administrativo el que determinará la procedencia de calificar servicios mínimos en una determinada empresa y, asimismo, el que procederá a calificarlos.

Junto a esa importante tarea, la Dirección del Trabajo ha ido precisando a través de su jurisprudencia administrativa el sentido y alcance de los supuestos de procedencia de la medida de limitación en análisis. Así, en cuanto a la causal de “garantizar la prestación de servicios de utilidad pública”, la autoridad ha señalado que dichos servicios son las labores ejercidas por los privados que buscan satisfacer un objetivo destinado al beneficio común o general de la colectividad, caracterizándose en su ejecución por una serie de principios, como el de universalidad, que se refiere a la accesibilidad general a actividades prestacionales

52 Cabe hacer presente que la regulación de la conformación de los equipos de emergencia (artículo 361 del Código del Trabajo), es completamente contradictoria con lo dispuesto expresamente por el propio legislador laboral unos artículos antes, en específico, con lo señalado en el inciso 2° del artículo 359: que es el sindicato el que deberá destinar el personal para atender los servicios mínimos. Entonces, si es el sindicato es el que debe proveer el personal que conformará los equipos de emergencia, ¿cómo conciliamos dicho deber con la posterior designación del empleador para proponer a la comisión negociadora sindical los trabajadores que conformarán los equipos de emergencia?

53 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, párrafo 612, pp. 132-133.

de bienes y servicios que por su carácter vital o básico han de ofrecerse al conjunto de las personas, y el principio de continuidad, que permite dar cuenta de una exigencia de funcionamiento ininterrumpido del servicio que se presta en condiciones adecuadas a la población, en atención de los efectos que produciría en la colectividad su total desatención. Precisa también el órgano administrativo, que los servicios de utilidad pública no están vinculados directamente con la vida, salud o seguridad de las personas, sino que consisten en labores que buscan satisfacer necesidades de la población de carácter intermedio, es decir, aquellas destinadas al beneficio general o común de la colectividad, asumiendo con ello el concepto intermedio de servicios de importancia trascendental de la OIT,⁵⁴ donde se admite que la huelga sea objeto de limitación por medio de la imposición de un mínimo de actividad.⁵⁵

Respecto a las actividades relacionadas con la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las vinculadas con la vida, seguridad o salud de las personas, la Dirección del Trabajo ha señalado que se corresponden con el concepto de servicios esenciales en sentido estricto y servicios esenciales por extensión elaborado por la OIT, es decir, “aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población o en aquellos servicios donde una huelga al rebasar cierto periodo o alcance podría provocar igualmente dicho peligro, elementos que de configurarse y resultar estrictamente necesarios, darán lugar a la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia”.⁵⁶

Finalmente, en cuanto a la causal de prevención de daños ambientales o sanitarios, la Dirección del Trabajo ha sostenido que debe ser aplicado “en base a los criterios que establece el propio ordenamiento

54 Entre los servicios esenciales y los no esenciales, los órganos de control de la libertad sindical de la OIT han elaborado un concepto intermedio: servicios de importancia trascendental, conforme a la terminología del Comité de Libertad Sindical. Así, se ha admitido la posibilidad de que las autoridades puedan establecer un régimen de servicios mínimos en los servicios de utilidad pública o importancia trascendental, categoría intermedia que se refiere a “aquellas situaciones en que no se justifica una limitación importante al derecho de huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones”. Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000, p. 23.

55 Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, “Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia”, p. 12, disponible en: http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articulos-110772_recurso_3.pdf, visto por última vez el 16-07-2018.

56 Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, “Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia”, p. 12, disponible en: http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articulos-110772_recurso_3.pdf, visto por última vez el 16-07-2018.

jurídico, señalándose que conforme al artículo 2º letra e), de la Ley N° 19.300, Bases Generales del Medio Ambiente, daño ambiental se encuentra definido como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes. Mientras que, de lo dispuesto en el artículo 3º del Código Sanitario, resulta posible inferir que los daños sanitarios buscan evitar un detrimento o menoscabo a la salud pública o al bienestar higiénico del país⁵⁷.

La precisión realizada por el organismo fiscalizador de los supuestos de procedencia de los servicios mínimos, en principio, parece ajustada a los estándares fijados por los órganos de control de la OIT, ya que se circunscriben a los denominados servicios esenciales en el sentido estricto del término; servicios esenciales por extensión y servicios de importancia trascendental. La única objeción que es posible realizar dice relación con la causal de “prevención de daños ambientales o sanitarios”, ya que no se ajusta a ninguno de los supuestos donde la OIT ha admitido la imposición de un servicio mínimo y, además, porque la formulación jurídica de la causal es extremadamente genérica, lo que puede derivar en una extensión indebida del campo de aplicación de esta restricción.

2.3. Los sectores donde se han calificado servicios mínimos

En el informe de criterios técnicos publicado en abril de 2018, la Dirección del Trabajo ha dado cuenta de que se han calificado servicios mínimos en diversos sectores de actividad. Así, en relación a la causal de prevención de daños ambientales y sanitarios, el órgano administrativo ha determinado la procedencia de calificar servicios mínimos en las actividades vinculadas al control de mortandad de animales en empresas que por sus características, generarían una exposición a contaminación y enfermedades de otros animales, sean propios o ajenos; labores asociadas al control de plagas y enfermedades, con el objeto de prevenir eventuales efectos en materia medioambiental; en las actividades de minas y canteras, se han calificado servicios mínimos en las tareas vinculadas al monitoreo y control de relaves, y las labores vinculadas a la vigilancia de equipos que mantendrían soluciones químicas peligrosas. En igual sentido, en relación a las industrias manufactureras, se han calificado servicios mínimos en las faenas de tratamiento de residuos industriales líquidos; en el sector comercio, se han calificado servicios mínimos en las labores asociadas al manejo de residuos o basuras en las empresas de venta de bienes que pueden sufrir descomposición, únicamente con el objeto de no generar vectores de carácter medioambiental por el no tratamiento de estos bienes; en el sector de transporte y

57 Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4346/0092, de 28 de octubre de 2016.

almacenamiento, se ha justificado la imposición de servicios mínimos en las labores asociadas al control en la recepción de materias orgánicas provenientes del extranjero, con el objeto de evitar el ingreso de plagas o enfermedades que puedan afectar la salubridad de la población o al medio ambiente; en el sector enseñanza se ha justificado la imposición de servicios mínimos en relación a las labores de control de residuos en laboratorios y el control de la mortandad de animales en algunas universidades. Finalmente, en el sector de la salud humana y asistencia social, bajo esta causal se ha justificado la imposición de un servicio mínimo en las labores de tratamiento de residuos intrahospitalarios y de esterilización de implementos médicos.

En cuanto a las causales destinadas a garantizar servicios de utilidad pública y atención de las necesidades básicas de la población, se han calificado servicios mínimos en la industria manufacturera, particularmente para la distribución de un medicamento que no tiene sustituto en el mercado nacional, con la finalidad de garantizar la salud de la persona; en una empresa de suministro de gas, exclusivamente en cuanto a la venta de gas a granel, dado que a diferencia de la venta de gas a cilindro, el uso del estanco está restringido a la empresa propietaria del mismo, siendo imposible sustituir al oferente del producto por otra empresa del sector; empresas de tratamiento de aguas servidas, en las labores vinculadas al tratamiento de aguas residuales al no ser posible abordar dichas labores por otros actores del mercado; empresas cuyo giro es el tratamiento final de residuos sólidos o líquidos, ante la imposibilidad de adoptar medidas alternativas que permitan abordar los efectos de la cesación de labores en su totalidad. En el sector transporte, por su parte, se ha justificado la imposición de servicios mínimos exclusivamente en aquellos tramos donde no existe otra alternativa de transporte público; en el sector financiero, se ha entendido la necesidad de mantener un mínimo de actividad en las labores vinculadas con el retiro de fondos propios en instituciones bancarias, ya que a través de dicha actividad se garantiza un servicio de utilidad pública, al existir una necesidad por parte de los clientes de retirar su dinero. Junto con ello, se ha justificado la necesidad de garantizar el servicio de bloqueo de tarjetas, con el objeto de prevenir usos maliciosos o fraudulentos, salvo que dichas labores se encuentren externalizadas; en relación a las empresas Administradoras de Fondos de Pensiones, se ha estimado procedente mantener un mínimo de actividad en relación a las labores vinculadas con el control centralizado de los fondos de los afiliados y el manejo adecuado de los mismos, en atención a las consecuencias que la abstención de estas labores pueden generar para los cotizantes del sistema. Junto con ello, se consideró necesaria la mantención de un mínimo de actividad en las tareas vinculadas con la recepción de solicitudes de pensión de invalidez en el caso de trabajadores cesantes,

en atención a los efectos de su no realización oportuna; en relación a las actividades de atención de la salud humana y de asistencia social, se ha estimado necesario mantener un mínimo de actividad en el servicio médico destinado a atender urgencias y a los pacientes previamente hospitalizados. Con el objeto de hacer posible esa atención médica, se han incluido también las funciones de apoyo, tales como laboratorios, imágenes, pabellones, etc., siempre que estén vinculados a las labores de urgencia y hospitalización.⁵⁸

En general, la labor de concretización de los supuestos de aplicación de esta medida de limitación del derecho de huelga realizada por la autoridad laboral se ha ajustado a los estándares internacionales, en especial, a los criterios sustentados por el CLS en cuanto a los casos en que concurren las circunstancias para poder imponer un servicio mínimo de funcionamiento. Así ha ocurrido por ejemplo en el sector de transporte de pasajeros, portuario, recolección de basuras, los bancos, el Instituto Monetario, sector educación, en caso de huelgas de larga duración, etc.⁵⁹Ahora, en muchos de los casos donde la autoridad administrativa ha procedido a calificar servicios mínimos y equipos de emergencia (empresas suministradoras de gas, sector financiero en relación a labores vinculadas con el retiro de fondos propios y las Administradoras de Fondos De Pensiones), la imposición de servicios mínimos resulta ser una medida desproporcionada, ya que para evitar los daños a los usuarios, basta con dar una publicidad adecuada de la huelga. Así, por ejemplo, ocurriría en el sector financiero, ya que los clientes al saber con una anticipación adecuada que se interrumpirán los servicios brindados por las entidades bancarias, podrán anticiparse y disponer de sus fondos propios antes de que se haga efectiva la medida de presión.

Junto con ello, es importante destacar que se ha respetado el criterio restrictivo a la hora de determinar la procedencia de aplicar esta medida de limitación, analizándose si efectivamente se trata de una

58 Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, "Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia", pp. 34 y ss.

59 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, pp. 133 a 135.

medida estrictamente necesaria⁶⁰ y de si existen o no otras empresas en el mercado que garanticen los intereses puestos en peligro con la huelga. Además, del informe de estándares técnicos se desprende que el órgano administrativo determina con precisión cuáles serán las concretas prestaciones o áreas de actividad donde debe mantenerse una cuota o porcentaje mínimo de actividad. Lo cuestionable de esta actuación viene dado por la falta de publicidad de las resoluciones de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, en específico, de los criterios que se han manejado, no para calificar si es procedente o no esta medida de limitación, sino que para determinar la cuota o porcentaje de actividad que deberá mantenerse durante la huelga. Ante la falta de publicidad de las resoluciones que han calificado servicios mínimos y equipos de emergencia, se hace imposible analizar si estos han sido fijados con un criterio restrictivo o, por el contrario, han sido excesivos, al punto de llegar a anular la efectividad del derecho de huelga.

2.4. El control judicial del acto de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia

Uno de los aspectos más cuestionables de la regulación de los servicios mínimos y equipos de emergencia es que nuestro legislador laboral no consagró un mecanismo de impugnación específico en contra de la resolución administrativa que admite la imposición de servicios mínimos en una determinada huelga y procede a calificarlos, así como de la resolución que califica los equipos de emergencia. Incluso, el texto legal pareciese indicar que no existiría tal posibilidad, al disponer que la resolución que califica los servicios mínimos y los equipos de emergencia solo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo.⁶¹

Ahora, esta interpretación que agota las vías de impugnación de la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia en la reclamación ante el Director Nacional del Trabajo debe ser

60 El juicio de necesidad está expresamente consagrado en nuestra legislación al exigirse que los servicios mínimos deben ser estrictamente necesarios (artículo 359 del Código del Trabajo), lo que implica que esta restricción debe ser una medida indispensable, de *ultima ratio*, sin que exista otra alternativa jurídica y materialmente posible para lograr la protección de los bienes jurídicos y derechos taxativamente señalados por el legislador. Así por ejemplo, frente a requerimientos de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia ingresados por empresas de transporte público de la Región Metropolitana, la Dirección del Trabajo ha procedido a denegar tales solicitudes al no resultar estrictamente necesaria la limitación, dado que el Directorio de Transporte Público detenta potestades legales para la imposición de medidas con el objetivo de atender el servicio que ha dejado de prestarse con otros operadores del sistema integrado, existiendo en consecuencia otra alternativa a la restricción del derecho de huelga. Unidad de Servicios Mínimos, Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo, "Informe de estándares técnicos. Calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia", p. 42.

61 Inciso 11° del artículo 360 del Código del Trabajo.

totalmente descartada,⁶² toda vez que en un Estado de derecho los actos de la administración deben estar sujetos a control judicial con el objeto de velar por su conformidad con la ley y, además, para hacer posible el principio de tutela judicial efectiva.

De este modo, ante el silencio de nuestro legislador laboral debemos recurrir al principio de tutela judicial efectiva consagrado en nuestra Constitución (artículo 19 n° 3);⁶³ al deber constitucional de inexcusabilidad de los Tribunales (artículo 76); al principio de interdicción de la arbitrariedad que asegura a las personas “que los actos de todos los órganos del Estado deben ser controlados jurisdiccionalmente en su respeto a la Constitución y a las leyes”,⁶⁴ y al derecho de los ciudadanos consagrado también en la Constitución de recurrir a los Tribunales de Justicia cuando han sido lesionados sus derechos por la Administración del Estado, sus organismos o por las municipalidades (artículo 38). De ese modo no cabrá duda alguna de que el acto administrativo por medio del cual se califican los servicios mínimos y equipos de emergencia es recurrible ante la justicia para los efectos de que un órgano autónomo del Estado controle la proporcionalidad de la limitación impuesta al derecho de huelga de los trabajadores, en específico, para que verifique que la imposición de servicios mínimos es una medida idónea para dar tutela a algunos de los bienes jurídicos indicados por el legislador; que no existe otra medida de limitación para evitar el peligro de daño de los mismos, siendo en consecuencia la única medida idónea para tales fines y, fi-

62 La interpretación que entendía que la reclamación de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia se agotaba en la instancia administrativa (ante el Director Nacional del Trabajo) pretendió imponerse en la primera ola de reclamaciones judiciales interpuestas tras la entrada en vigencia de la reforma laboral. Entre otras: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 13 de octubre de 2017, recaída en la causa Rol 1635-2017, caratulada “Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Banco Ripley S.A. con Dirección Nacional del Trabajo”; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 3 de enero de 2018, recaída en causa Rol 2173-2017, caratulada “Tecnoglobal S.A. con Dirección Nacional del Trabajo”; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 2 de marzo de 2018, recaída en la causa Rol 2040-2017, caratulada “CMPC con Dirección Nacional del Trabajo”.

Afortunadamente, esta línea jurisprudencial que niega la competencia de los Tribunales del Trabajo fue revertida, al estimarse que con dicha interpretación se vulneran los principios básicos que gobiernan un Estado Democrático de Derecho. En esa línea se inscribe la sentencia de fecha 18 de abril de 2018 pronunciada por la Corte Suprema en causa Rol 832-2018, caratulada “Tecnoglobal S.A. con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago”.

63 El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un reconocimiento constitucional implícito en el artículo 19 n° 3, inciso 1°, de la Constitución. Su finalidad, como ha advertido el Tribunal Constitucional, es que las personas puedan acceder al proceso como medio. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 815 (2008), considerando 10°.

64 Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica, Tomo I, 1994, p. 109.

nalmente, que ese peligro de daño es de una entidad tal que justifica sin duda alguna la necesidad de someter el ejercicio del derecho de huelga a esta importante restricción.⁶⁵

La tesis favorable a la posibilidad de impetrar el control jurisdiccional de la resolución administrativa que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia ha sido confirmada por la Corte Suprema⁶⁶ al entender que una interpretación contraria constituye una clara vulneración a los principios básicos que gobiernan un Estado de Derecho.

En base a lo anterior, y entendiendo que el principio de inexcusabilidad consagrado en la Constitución no solo se expresa como una prohibición al juez de eludir la decisión de la cuestión que se somete a su conocimiento, sino que también como una prohibición de apartar del control jurisdiccional cualquier asunto que cumpla las exigencias del artículo 76 de la Constitución Política, es decir, que esté bajo la órbita de su competencia, la Corte concluye que los Tribunales del Trabajo son absolutamente competentes para conocer de la reclamación judicial en contra de la resolución que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia. Dicha conclusión, precisa la Corte, se ve reafirmada por lo establecido en el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución, que consagra el derecho de las personas a reclamar ante los Tribunales por las lesiones que la Administración del Estado, sus organismos o las municipalidades causen en sus derechos, y por la garantía básica consagrada en el mismo texto constitucional de un justo y racional procedimiento que debe ser sustanciado y resuelto por un juez imparcial. De esta manera, la única interpretación que cabe dar al inciso undécimo del artículo 360 del Código del Trabajo es que la reclamación administrativa se agota ante el Director Nacional del Trabajo, lo que en modo alguno puede ser entendido como una privación al afectado de acudir a la sede jurisdiccional.⁶⁷

En ese sentido es importante recordar que el propio Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que, “un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga”.⁶⁸

65 José Luis Ugarte, *Huelga y derecho*, Santiago, Thomson Reuters, 2016, pp. 235-236.

66 Sentencia pronunciada por la Corte Suprema con fecha 18 de abril de 2018, Rol 832-2018.

67 Considerandos 4°, 5° y 10° de la sentencia de la Corte Suprema, Rol 832-2018.

68 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, p. 133.

3. LA REANUDACIÓN DE FAENAS Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Finalmente, en cuanto a la acción judicial de reanudación de faenas, de acuerdo a los supuestos de aplicación previstos en la norma, podemos concluir que para poder activar la intervención judicial debe tratarse de una huelga en curso, donde no se haya dispuesto la obligación de garantizar servicios mínimos, y que por sus características, oportunidad o duración, se esté causando un grave daño a la salud, medio ambiente,⁶⁹ abastecimiento de bienes o servicios de la población, economía del país o seguridad nacional. Se trata, en consecuencia, de una medida de urgencia –procede frente a situaciones de grave daño–,⁷⁰ que debe ser decretada por un Tribunal, previa solicitud de parte.⁷¹

Si bien esta medida debe ser decidida por una autoridad judicial, la actual configuración normativa de la reanudación de faenas sigue alejándose de los estándares internacionales y de las recomendaciones que ha formulado la Comisión de Expertos de la OIT al gobierno chileno. En primer lugar, porque los servicios respecto de los cuales puede solicitarse la reanudación de faenas van más allá de los servicios esenciales en sentido estricto, único ámbito donde cabe una

69 El criterio habilitante para solicitar la reanudación de faenas por grave daño al medio ambiente, fue incorporado con la Ley 20.940. En la anterior redacción de la norma los únicos criterios que habilitaban para decretar la reanudación de faenas eran el grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

70 En ese sentido, la Dirección del Trabajo por medio del Ordinario N° 441/7 de 25 de enero de 2017, señaló que la finalidad de la reanudación de faenas es evitar las graves consecuencias que una huelga o cierre temporal pueda ocasionar a la salud, el medio ambiente, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional. En consecuencia, para que pueda operar esta medida de intervención extraordinaria el órgano fiscalizador ha precisado que resulta necesario que exista una huelga en curso, que por sus características, oportunidad o duración, cause un grave daño a la salud, medio ambiente, abastecimiento de bienes o servicios de la población, economía del país o seguridad nacional.

71 Antes de la reforma de la Ley 20.940, la potestad de decretar la reanudación de faenas era entregada al Presidente de la República, en caso de producirse una huelga o *lock-out* que por sus características, oportunidad o duración cause grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional (artículo 385 del Código del Trabajo).

En reiteradas oportunidades la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT señaló al gobierno chileno que la reanudación de faenas debería ser impuesta por la autoridad judicial, a petición de la autoridad administrativa, para de ese modo garantizar la imparcialidad de la medida. Solicitud directa (CEA-CR). Adopción: 2002, Publicación: 91ª reunión CIT (2003). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). Chile.

El Gobierno chileno, solo tras la reforma de la Ley 20.940, ajustó su normativa a tal exigencia, entregando la decisión de decretar la reanudación de faenas a la autoridad judicial. Ahora, al menos desde el año 1990 a la fecha de entrada en vigencia de la reforma laboral, no existieron decretos que hubiesen ordenado la reanudación de faenas en caso de huelga, de acuerdo a lo informado por la Subsecretaría del Trabajo con fecha 12-08-2016.

prohibición total del derecho de huelga, cuestión que ha seguido siendo observada por los organismo de control de la OIT, señalándose al gobierno chileno que si bien la decisión de ordenar la reanudación de faenas ha sido entregada a la autoridad judicial, la legislación nacional sigue apartándose de los estándares internacionales, toda vez que la referida medida se puede ordenar más allá de los servicios esenciales en sentido estricto del término, específicamente porque se incorpora el criterio de grave daño para el medio ambiente y porque se sigue consagrando el de grave daño a la economía del país.⁷² En segundo lugar, porque el legislador, junto con entregar la titularidad de la acción a la Dirección del Trabajo, la puso en manos de la parte empresarial, con lo cual esta herramienta puede llegar a ser utilizada con una finalidad ajena a la de tutela de los terceros potencialmente afectados con la medida de paralización, pasando a convertirse en una estrategia empresarial para poner fin al conflicto.⁷³

Ahora, en tanto medida de intervención extraordinaria, que opera ante un grave daño a los bienes jurídicos objeto de tutela, estimamos que la acción judicial de reanudación de faenas debe operar bajo la lógica de la *ultima ratio*, de forma completamente excepcional. Ello porque se trata de la máxima restricción que puede ser impuesta a una huelga en curso: una orden de poner fin a la huelga y someter el conflicto a arbitraje obligatorio. De otro lado, estimamos que esta medida restrictiva debió haber sido eliminada del elenco de límites al ejercicio del derecho de huelga, toda vez que perfectamente en el debate legislativo que dio origen a la Ley 20.940 se pudo haber consagrado el deber de garantizar un mínimo de actividad cuando una huelga, por sus características, duración o extensión, cause un grave daño a la salud, vida y seguridad de la población, medida mucho más benigna que la orden de poner fin a la huelga.⁷⁴

72 Solicitud directa (CEACR). Adopción: 2016, Publicación: 106ª reunión CIT (2017). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Chile.

73 Recordemos que la OIT había indicado al gobierno chileno que la orden de reanudar las faenas debía ser decidida por la autoridad judicial, previa solicitud de la autoridad administrativa. Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.940, la titularidad de la acción fue entregada a la o las empresas, a la Dirección del Trabajo o el o los sindicatos, según sea el caso (inciso 2º del artículo 363 del Código del Trabajo).

74 Otro inconveniente que se vislumbra con esta nueva figura de reanudación de faenas previo requerimiento judicial, es que el ejercicio del derecho de huelga se judicializará y se entregará a los empresarios una herramienta potente para paralizar el conflicto y mermar el poder negociador del sindicato. Una crítica sobre la judicialización excesiva introducida con la reforma laboral la encontramos en: Daniela Marzi, "Algunas ideas sobre relaciones colectivas, judicialización y monitorio", XXII Jornadas Nacionales de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Análisis crítico de la reforma al sistema de relaciones sindicales en Chile, 2015, pp. 136 a 151.

CONCLUSIONES

A más de un año de la entrada en vigencia de la Reforma Laboral hemos podido constatar que los límites que reguló el legislador para el ejercicio del derecho de huelga han desbordado la finalidad de protección de los intereses constitucionales de terceros. Primero, porque la prohibición absoluta de ejercicio de este derecho esencial se ha extendido a sectores o empresas cuya finalidad no es la satisfacción de los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad –el concepto estricto de servicios esenciales manejado por la OIT para justificar la prohibición de este derecho. Segundo, porque a la hora de decidir la inclusión de una empresa al listado prohibitivo no se distingue entre sus áreas de actividad y, por tanto, cuáles de sus trabajadores estarán afectos a la referida prohibición, para de ese modo respetar el carácter estricto o restringido de los límites de los derechos fundamentales. Tercero, porque la medida para compensar la ausencia del derecho de huelga resulta completamente ineficaz si el legislador impone al Tribunal Arbitral la obligación de fallar sobre la base de alguna de las proposiciones de las partes.

En cuanto a la institución de los servicios mínimos, la principal crítica que cabe realizar dice relación con la determinación de sus supuestos de procedencia, en primer lugar, porque dos de sus causales de aplicación se superponen con los supuestos fijados para determinar el ámbito de prohibición del derecho de huelga –garantizar la prestación de servicios de utilidad pública y la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, seguridad y salud de las personas– y, segundo, por la amplitud de la causal de prevención de daños ambientales y sanitarios.

Respecto al procedimiento de calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, estimamos que dicha labor debe estar radicada en los titulares de los intereses en conflicto (trabajadores y usuarios), excluyéndose, por tanto, de la negociación a la parte empresarial. Ahora, como los usuarios no gozan de una estructura organizacional, será la autoridad administrativa, en tanto garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la que actuará como representante de sus legítimos intereses. De esta manera se garantizará que los servicios mínimos no sean una imposición empresarial, cuestión altamente probable en nuestra realidad sindical, donde gran parte de los sindicatos no cuentan con el poder suficiente para entablar una negociación en igualdad de condiciones.

Junto con ello, cabe criticar el criterio sustentado por la Dirección del Trabajo en relación a la imposibilidad de impetrar un control judicial del acto administrativo que califica los servicios mínimos y equipos de emergencia.

Finalmente, en cuanto a la institución de reanudación de faenas, si bien se ajustó a la exigencia formulada por los órganos de control de la

OIT en relación a que sea resuelta por una entidad independiente, se sigue fijando su ámbito de aplicación más allá del concepto estricto de servicios esenciales.

RECOMENDACIONES

Para que la huelga sea una herramienta de presión eficaz y, por tanto, pueda equiparar la cancha —disminuir la asimetría de poder que existe al interior de la relación laboral—, es necesario que los límites que se impongan a su ejercicio deriven exclusivamente de la necesidad de conciliar su ejercicio con los derechos fundamentales de terceros de carácter vital. En esos términos, las recomendaciones que cabe realizar para que los límites al derecho de huelga se ajusten a esa finalidad de tutela y no se conviertan en herramientas destinadas a anular su efectividad, son las siguientes:

1. Derogar la prohibición absoluta de ejercicio del derecho de huelga.
2. Derogar la acción judicial de reanudación, y en casos que por las características, duración o extensión de una huelga se cause un grave daño a los derechos a la vida, salud o seguridad de las personas, se debe activarse la medida de limitación de servicios mínimos, los que deben ser acordados por las partes. Solo ante la imposibilidad de lograr un acuerdo, debe intervenir una autoridad imparcial (idealmente un órgano autónomo) para determinar la procedencia de esta medida de limitación y su nivel o alcance.
3. Determinar con mayor precisión la institución de los servicios mínimos, debiendo el legislador determinar con mayor precisión sus causales de aplicación, restringiéndolos a aquellos servicios destinados a garantizar los intereses vitales de la sociedad (vida, salud y seguridad de las personas). Ahora, como los intereses en conflicto son los de los trabajadores que desean ejercer en plenitud su derecho de huelga, por un lado, y los de los usuarios que no quieren ver alterada la satisfacción de sus intereses vitales, por otro, quienes debiesen intervenir en la calificación de los servicios mínimos son precisamente los titulares de tales intereses, esto es, las organizaciones sindicales y los usuarios. Como estos últimos carecen de una estructura organizacional, será la autoridad administrativa, en tanto representante de sus legítimos intereses, la que deberá actuar en dicha negociación. En caso de que no se logre acuerdo, podrá prever que las diferencias de las partes sean resueltas por un tribunal arbitral o un órgano autónomo creado por ley.
4. Consagrar de forma expresa en la ley un procedimiento de impugnación judicial, en caso de que los servicios mínimos y equipos de emergencia sean calificados por algún organismo del Estado.

**DERECHOS HUMANOS DE
LOS PRIVADOS DE LIBERTAD:
LAS CÁRCELES EN CHILE:
¿AVANCES O MANTENIMIENTO
DEL STATUS QUO?¹**

1 Sección elaborada por Eduardo Alcaíno Arellano. Agradezco la colaboración de Francisca Rojas, Alejandro Tapia, Sebastián Sandoval, Gonzalo Mellado y José Medina.

SÍNTESIS

Esta sección de actualidad analiza la situación de las personas privadas de libertad, centrándose en las condiciones de hacinamiento e higiénicas, violencias y torturas desde Gendarmería, como entre internos y abusos sexuales sucedidos en cárceles.

PALABRAS CLAVES: hacinamiento, condiciones carcelarias, tortura, violencia.

INTRODUCCIÓN

Jonathan Chávez y Cristián Romero fueron formalizados por el delito de robo con homicidio cometido en contra de Margarita Elena Ancacoy Huircán, decretándose en contra de ellos la medida cautelar de prisión preventiva. El 18 de junio de 2018, tras la audiencia, fueron trasladados por los túneles del Centro de Justicia a cumplir dicha medida en el Centro de Detención Preventiva Santiago 1.

Por supuesto, el caso provocó una conmoción relevante en la opinión pública, acorde a la gravedad de los hechos: la víctima, Margarita Elena Ancacoy Huircán, fue asesinada mientras se dirigía a su trabajo en el barrio República, producto de golpes efectuados con un palo por parte de los imputados, de acuerdo a los hechos de la formalización. En ese contexto, la prisión preventiva parecía ser, por el momento, una medida proporcional y justificada a la espera del juicio oral.

Lamentablemente, la prisión preventiva, es decir, la privación de la libertad durante el tiempo que dura el proceso penal en contra de los imputados, no fue suficiente afectación. Nuestro sistema penitenciario, sus cárceles, proveyeron un castigo adicional. El 21 de junio de 2018, comenzó a circular, a través de diversas redes sociales y en portales de noticias, un video en el cual se apreciaba a Jonathan Chávez y Cristián Romero siendo golpeados –por los mismos internos– en reiteradas ocasiones, con golpes de puño y pies, obligándolos a pedir disculpas a la familia de Margarita Elena Ancacoy Huircán. No solo los golpearon, sino que utilizaron cables del recinto penitenciario para infringirles golpes de electricidad. A su vez, Jonathan Chávez y Cristián Romero, quienes tenían el pelo largo, fueron violentamente rapados por los mismos internos.

En todos los videos se podía apreciar que ambos reclusos estaban completamente atemorizados ante la constante violencia y amenazas por parte de los internos. Ningún gendarme intercedió, al menos es lo que consta en los videos, en dichos sucesos. Chávez y Romero estuvieron a merced de los internos, de sus códigos y sus costumbres. El Estado, nuevamente, olvidaba que los privados de libertad aún son titulares de derechos y, en particular, de derechos más específicos cuando se encuentran en la cárcel.

Por supuesto, estos hechos no son novedad. El caso revisado es un claro reflejo de lo que ha sido y es nuestro actual sistema penitenciario: un régimen en el cual los privados de libertad viven en malas condiciones materiales, en el hacinamiento, con falta de servicios básicos de higiene, una mala alimentación, e incluso carencia de una cama donde dormir. Un sistema donde la violencia entre internos y también de parte de la autoridad –Gendarmería– es una cuestión diaria y parte del proceso de castigo de la persona presa por su proceso judicial, incluso convirtiéndose –en múltiples situaciones– en casos de tortura y tratos inhumanos o denigrantes. Un ámbito donde los programas laborales y de reinserción social son escasos, y la principal inversión de recursos está destinada a la gestión y seguridad de los recintos penitenciarios.

Lo anterior no solo implica concluir que la situación en la que viven los privados de libertad es inhumana y que las políticas públicas respecto al sistema penitenciario han fracasado constantemente, sino que, también, se está generando un grave incumplimiento por parte del Estado de Chile de los múltiples tratados internacionales ratificados por nuestro país respecto a los privados de libertad.²

El presente reporte busca relevar los principales hechos acontecidos durante el periodo 2017-2018, a la fecha de cierre de esta publicación, que dan cuenta de la situación dentro de las cárceles chilenas, para luego constatar el cumplimiento o no de los estándares de derechos humanos establecidos en los tratados internacionales en la materia.

Por lo pronto, debido a los objetivos acotados de la presente sección de este *Informe*, se evaluará el cumplimiento de algunos de los estándares en la materia, especialmente, aquellos relacionados (i) con las condiciones de vida en la cual viven actualmente los privados de libertad en recintos penitenciarios (hacinamiento, necesidades básicas, salud, reinserción, etc.) y (ii) con el trato que se les brinda por parte de las autoridades encargadas de su protección (Gendarmería), particularmente, las prácticas internas (malos tratos, torturas, redes de corrupción etc.), así como también fenómenos de violencia de parte de los propios presos.

En suma, en este artículo, se podrá apreciar la siguiente estructura:

(i) Breve descripción de los principales estándares de derechos humanos en la materia, específicamente, las obligaciones que tiene el Estado sobre los privados de libertad, ya que son la principal fuente para evaluar las políticas públicas que pueden no estar funcionando en este terreno y, al mismo tiempo, las que deben implementarse;

2 Más abajo se analizan diferentes reportes, informes y estudios que han constatado los diversos incumplimientos del Estado de Chile en relación a sus obligaciones internacionales con los privados de libertad.

(ii) descripción y explicación de los principales acontecimientos en nuestro sistema penitenciario en el período de tiempo anteriormente indicado. A la vez, se realizará una mención de los principales problemas que han sido constatados en ediciones pasadas del presente *Informe* en el sistema penitenciario chileno; y

(iii) para finalizar, esbozaremos unas ideas finales a modo de conclusión y plantearemos una serie de recomendaciones.

1. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD

El sistema de protección de los derechos humanos dispone que todas las personas privadas de libertad, en cumplimiento de una condena o de una medida cautelar, son titulares de una serie de derechos que el Estado está obligado a garantizar.

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece la obligación de trato digno a las personas privadas de libertad. En su numeral 1 señala que: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 5, bajo el título de integridad personal, señala que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado lo que estas disposiciones establecen: “las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión”.³

En efecto, las personas privadas de libertad gozan de los mismos derechos que los ciudadanos libres, salvo aquellos que han sido despojados de ciertos derechos por la sentencia condenatoria y de ciertas restricciones que son consecuencias propias de la privación de libertad. Esto mismo ha sido ratificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “Que el artículo 1.1 de la Convención señala el deber que tienen los Estados partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, incluidos, en el presente caso, los reclusos de la Cárcel de Urso Branco. En consecuencia, el Estado

3 Observación General del Comité de Derechos Humanos, número 21, 1992.

debe adoptar las medidas de seguridad necesarias para la protección de los derechos y libertades de todos los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción, lo cual se torna aún más evidente en relación con quienes estén involucrados en procesos ante los órganos de supervisión de la Convención Americana”⁴.

Además del debido reconocimiento a la titularidad de los derechos de los privados de libertad, el sistema de protección de los derechos humanos ha dispuesto un especial deber de garante por parte del Estado debido a la situación especial en la que se encuentran. Así lo ha expresado la CIDH: “Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”⁵.

En concreto, los privados de libertad se encuentran en una situación de vulnerabilidad, principalmente dada por la relación de dependencia y sometimiento con la autoridad, ya que dependen en su totalidad del personal de Gendarmería para poder desarrollar y satisfacer sus necesidades básicas.⁶ Lo anterior se ha traducido en la determinación de obligaciones específicas de las cuales es garante el Estado, que debe ejecutar una serie de medidas con el objetivo de darles cumplimiento.

Por supuesto, el desarrollo de los estándares de los derechos humanos en este punto ha sido muy relevante y amplio, por lo que para efectos del presente Informe haremos referencia solo a algunos de ellos.

En primero término, uno de los aspectos más relevantes ha sido determinar las condiciones carcelarias en las cuales deben vivir los privados de libertad y que tienen que ser garantizadas por el Estado. Entre otras, la CIDH plantea las siguientes condiciones:⁷

- 4 Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros contra Perú*, sentencia del 19 de enero de 1995. También en Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala*, sentencia del 15 de septiembre de 2005. En el mismo sentido, Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005; *Caso Caesar contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005; *Caso Lori Berenson Mejía contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004; *Caso Tibi contra Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004.
- 5 Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004.
- 6 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias*, Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013.
- 7 Corte IDH, *Caso Pacheco Teruel y otros contra Honduras*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de abril de 2012.

a) el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal y, además, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios;

b) la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad y los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición;

c) todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;

d) la alimentación que se brinde en los centros penitenciarios debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;

e) la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando sea preciso;

f) la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;

g) las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias;

h) todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;

i) los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad;

j) los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano (...).

Además de lo anterior, el sistema de protección de los derechos humanos mandata al Estado a ejecutar todas las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica de los privados de libertad. Lo anterior se traduce, por una parte, en la obligación de establecer medidas para evitar situaciones de emergencia –como, por ejemplo, incendios–, lo que incluye establecer protocolos para reaccionar ante dichos eventos, e incluso la obligación de instituir, en el diseño de los mismos edificios, los mecanismos de prevención⁸. Por otra parte, el Estado tiene la obligación de establecer medidas necesarias para evitar situaciones de violencia dentro de la cárcel, generadas ya sea por los mismos

8 Corte IDH, *Caso Pollo Rivera y otros contra Perú*, sentencia del 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319.

internos o por la autoridad. En ese sentido, surge inmediatamente a la vista la prohibición de ejecutar cualquier tipo de trato inhumano, degradante y, por supuesto, de cualquier clase de tortura a los privados de libertad. Al mismo tiempo, tiene la obligación de determinar medidas de seguridad para evitar cualquier tipo de atentado entre los mismos privados de libertad.⁹

2. HECHOS MÁS RELEVANTES DEL PERIODO 2017-2018

2.1. Informe Fiscalía Judicial de la Corte Suprema: radiografía del sistema penitenciario chileno

En febrero de 2018, la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema publicó su informe sobre los *Principales problemas detectados en las visitas de cárceles realizadas el año 2017 por los fiscales judiciales*. Este informe, el cual tradicionalmente se ha ido elaborando, describe las situaciones de mayor urgencia y principales violaciones de derechos que los fiscales judiciales del país pudieron constatar en los diversos centros penitenciarios que visitaron.

El principal objetivo de estas visitas, como el mismo reporte lo expresa, es verificar que se esté dando cumplimiento al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios¹⁰, constatar que los establecimientos penitenciarios proporcionen a los internos actividades que permitan su reinserción social¹¹ y velar por el debido respeto a la dignidad de toda persona, conforme al artículo 19 N°1 de la Constitución Política.

Este informe de la Fiscalía destaca dentro del periodo 2017 debido a que realiza una constatación precisa y detallada de la actual situación de los privados de libertad, en cuanto a las condiciones en que viven y, a su vez, las situaciones de violencia con las que se enfrentan. Pero, principalmente, sobresale porque realiza una descripción de problemas que se han mantenido por años y ante a los cuales, por más que dicha Fiscalía Judicial u otras instituciones los hayan denunciado, no existe un cambio efectivo.

A continuación destacaremos algunos de los principales hallazgos:

- 9 La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, UNCAT), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Europea (CEDH) y Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), son tratados internacionales que establecen con claridad la prohibición absoluta de los Estados de ejecutar actos u omisiones que puedan constituir tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- 10 Reglamento contenido en el decreto 518, de Justicia, del 22 de mayo de 1998, modificado por el Decreto 1.248, de Justicia, publicado en el Diario Oficial del 3 de abril de 2006.
- 11 De acuerdo a las normas de la Ley 19.856.

a) Hacinamiento en las cárceles chilenas

La fiscal judicial de la Corte Suprema, junto a su equipo, visitó 53 centros penitenciarios (de un total de 92) a lo largo del país durante 2017, concluyendo, entre otros hechos, que de las 15 regiones, hay ocho donde las cárceles superan el 100% de su capacidad, incluso en algunos recintos la población duplica, y a veces sobrepasa el doble de la población penal para la cual fue construido el establecimiento. Por ejemplo, el Centro Penitenciario de Taltal (cupos hombres) –construido para 24 personas– tiene 71 reclusos, es decir, un 295,8% sobre su capacidad. También se puede mencionar el Centro Penitenciario Femenino de Talca, cuya capacidad es de 36 personas y tiene 100, es decir, supera en un 277% su límite de población.

Lo anterior coincide con lo constatado directamente por diversas instituciones nacionales e internacionales¹², en cuanto a que la infraestructura que poseen las cárceles chilenas es insuficiente para albergar la cantidad de población que se encuentra privada de libertad.

Por ejemplo, en 2015, un estudio llevado a cabo por el Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana (CESC) estableció que, al 2014, existía un 113% de hacinamiento a nivel nacional, específicamente un 118% en hombres y un 77% en mujeres. Lo más preocupante, de acuerdo a dicho estudio, es que algunos recintos penitenciarios podían llegar incluso a una sobrepoblación de un 200%.¹³

Esto mismo ha sido constatado en diversas ediciones de este *Informe*.¹⁴ Por ejemplo, el *Informe 2009* indicaba que la población penal ascendía a más de 50.000 reos, siendo la capacidad máxima de las cárceles un poco más de 30.000. Se constató, entonces, un 55% de sobrepoblación, existiendo cárceles que llegaban a superar en un 400% la capacidad máxima.¹⁵ En el *Informe 2011* se afirmó una cuestión similar, brindando el ejemplo del documento elaborado por la Corte de Apelaciones de Santiago en el que se indicó que en el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, al menos 106 reos dormían sin techo en la calle 9 del recinto.¹⁶

Por lo tanto, es posible apreciar que el hacinamiento sigue siendo una situación presente en nuestro sistema y cuyas cifras de sobrepoblación

12 Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (2011), el Departamento de Estado de Estados Unidos (2015), el Instituto Nacional de los Derechos Humanos (2011), el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (2014), y la Corte de Apelaciones de Santiago en sus informes semestrales. Un resumen de lo anterior en Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile: Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica*, Santiago, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, 2015, pp. 8-12.

13 *Ibid.*, pp. 8-12.

14 *Informes* 2009, 2010, 2011, 2014.

15 *Informe* 2009, pp. 87 y 88.

16 *Informe* 2011.

se han mantenido estables en el tiempo. Como ha indicado la CIDH, el hacinamiento, por sí mismo, implica una vulneración de los estándares de derechos humanos, pero, principalmente, es uno de los factores más relevantes que contribuyen a las malas condiciones de vida que poseen los reclusos. Detallaremos algunos de estos factores a continuación.¹⁷

b) Horarios de encierro y desencierro al interior

De acuerdo a lo constatado en el informe de la Fiscalía Judicial, Gendarmería de Chile ha establecido un sistema de horarios que resulta “completamente disfuncional a los objetivos de reinserción social descritos anteriormente”¹⁸

En particular, este problema se expresa en que personas privadas de libertad pueden pasar encerradas, ya sea en celdas individuales o colectivas, entre 14 y 16 horas diarias. Esto tiene como agravante que, en general, se encuentran encerrados sin luz natural, sin ventilación adecuada y sin servicios higiénicos.¹⁹

Destaca el informe de la Fiscalía Judicial que en recintos como el Complejo Penitenciario de Arica y el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Copiapó, el encierro se produce a las 17:30 horas y el desencierro a las 8:30 horas, lo que implica al menos 15 horas de los presos en sus celdas. Similar situación se produce en el Centro de Detención Preventiva de Santiago Sur, donde el encierro de los reclusos puede durar más de 15 horas.²⁰

Uno de los aspectos más relevantes de este apartado destaca que el Ministerio de Justicia, en 2011, impulsó el proyecto de “11 medidas inmediatas para enfrentar el problema carcelario”, donde se incluye el tema del encierro. Esta iniciativa, a la luz de los antecedentes proporcionados por el informe de la Fiscalía, no ha tenido efecto y se viene arrastrando hace muchos años.²¹

c) Acceso insuficiente al agua en algunos recintos penitenciarios

La carencia de agua potable en los recintos penitenciarios es un problema latente y emblemático de las cárceles chilenas.

17 Corte IDH, *Asunto de determinados centros penitenciarios de Venezuela. Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana) respecto de Venezuela*, sentencia del 13 de febrero de 2013.

18 Fiscalía Judicial de la Corte Suprema de Chile, *Informe: Materia visitas recintos carcelarios 2017*, Santiago, 2018, p. 6.

19 *Ibid.*, pp. 5 y 6.

20 Fiscalía Judicial de la Corte Suprema de Chile, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

21 Por ejemplo, véase Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014 - 2015: seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal*, Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2017, p. 71.

En anteriores ediciones del *Informe UDP*, se dio cuenta del acceso restringido al agua en determinados horarios. En 2009, por ejemplo, en el Centro Penitenciario de Valparaíso los internos gozan de agua potable dos veces al día durante dos horas, y lo mismo ocurre en otros centros.²² Asimismo, el INDH también ha denunciado la existencia de recintos o módulos derechamente sin agua potable.²³

En el informe de la Fiscalía Judicial, se destaca el caso del Complejo Penitenciario de Valparaíso, el cual fue construido en un cerro, por lo que el agua potable no sube al recinto y los estanques son insuficientes para abastecer a la población. Otro caso es el del Complejo Penitenciario de Arica, cuyo acceso al agua es esporádico y dificultoso, debido a que el edificio fue diseñado para albergar a 1.100 internos, pero actualmente tiene cerca de 2.110.²⁴

Otro punto relevante es la carencia de agua caliente. En la mayoría de los penales se dispone de agua fría pero rara vez de agua caliente, destacando que de los recintos penitenciarios visitados, 2 poseen suministro de agua caliente y 3 tienen suministro parcial para sectores femeninos o de lactantes.²⁵

d) Deficiencias en la estructura de algunos recintos penitenciarios

Como indica el informe de la Fiscalía Judicial, se constataron “severas deficiencias de infraestructura, especialmente en cuanto a las instalaciones eléctricas, de agua, alcantarillado, carencia de espacios para servir las distintas comidas”.²⁶

Por ejemplo, en el CCP de Copiapó, los espacios son reducidos, no hay comedores y los escasos baños que existen están en estado deplorable. En el caso del CDP de Ovalle, se constatan graves deficiencias en el sistema eléctrico, con alto riesgo para los internos y funcionarios, como tampoco se cuenta con una red húmeda ni seca para casos de incendio.²⁷

Los problemas en la infraestructura, en efecto, se traducen en malas condiciones de vida de los internos, problemática que se arrastra históricamente. Por ejemplo, el INDH constató que existen numerosas falencias en salubridad, producto del hacinamiento que se vive en diversas cárceles chilenas, sobre todo cuando a estas se suman malas condiciones de higiene y/o plagas. En una serie de recintos, como el CCP Nueva Imperial, se presentaban circunstancias favorables para

22 *Informe* 2009.

23 Véase Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias* (...), op. cit., p. 71

24 Fiscalía Judicial de la Corte Suprema de Chile, op. cit., pp. 11 y 12.

25 Fiscalía Judicial de la Corte Suprema de Chile, op. cit., pp. 11.

26 *Ibid.*, p. 11.

27 *Ibid.*

el desarrollo de microorganismos dañinos para la salud, tales como celdas o módulos sin agua potable, falta de inodoro, ambientes oscuros y húmedos, entre otros. En distintos dormitorios del CCP Copiapó existían chinches, baratas, problemas de salud relacionados con la plaga de estos insectos, ya sea por picadura u otro medio. Más del 50% de los establecimientos en estudio no contaba con acceso al agua potable durante las 24 horas ni con baños. En el CDP Angol un porcentaje superior al 50% de los baños al interior de las celdas presenta humedad debido a filtraciones en las tuberías de agua. En el CCP de Chañaral los dormitorios de mujeres imputadas y la sección de hombres no tienen baño en su interior, por lo que durante el encierro (alrededor de 15 horas diarias) las/os internas/os orinan y defecan en tarros plásticos.²⁸

En el *Informe 2014*, en el cual se constatan las percepciones sobre los principales problemas en los recintos penitenciarios, la temperatura de las celdas y el mal estado de los baños se encuentran destacados en el estudio. Así, en regiones del sur se percibe más negativamente la temperatura a la que están las celdas, teniendo más del 80% de desaprobación por parte de los reclusos; en Antofagasta y Valparaíso hay mayor problema de hacinamiento y falta de iluminación; en el norte se percibe con mayor negatividad las condiciones higiénicas –de los baños, por ejemplo– y las de alimentación.²⁹

e) Celdas de aislamiento, castigo o tránsito

Como establece el informe de la Fiscalía Judicial, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios si bien mantuvo la existencia de las celdas de castigo, las restringió significativamente para sancionar casos graves ocurridos al interior de los recintos penitenciarios. En la mayoría de los centros se pudo observar que las celdas seguían siendo utilizadas sin mayores restricciones, precisamente para segregar internos, ya sea por razones de seguridad o para mantenerlos provisoriamente antes de asignarlos a algún lugar determinado.

Se suma a lo anterior, las condiciones deplorables en que se encuentran muchas celdas, las cuales no tienen electricidad ni servicios higiénicos.

Debido a esta grave situación, que implica la mantención de la política de castigo en dichas celdas, la Fiscalía Judicial hace un importante hincapié en que su utilización implica una vulneración del Pacto de San José de Costa Rica, el cual dispone en su artículo 5 número 2, que: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. A su vez, realiza un llamado a establecer una aplicación excepcional para aquellos casos más graves.³⁰

28 Ibid.

29 *Informe 2014*.

30 Fiscalía Judicial de la Corte Suprema de Chile, op. cit., p. 11.

2.2. Violencia y torturas ejecutadas por parte de Gendarmería

En el periodo analizado en el presente *Informe*, se pudo constatar una serie de casos en los que personal de Gendarmería ejecutó actos de violencia y, muchos de ellos, constitutivos de torturas, tratos inhumanos y degradantes. Recordemos que la situación de vulnerabilidad y dependencia ante la autoridad en que se encuentra el recluso, genera un escenario donde se hace más probable que sufra de algún tipo de abuso físico y, a su vez, de la invisibilización del mismo.

Como ejemplo de lo señalado, encontramos el caso ocurrido en el recinto penitenciario Santiago 1, en enero del 2018. Tras la filtración de un video, se logra apreciar el momento y la forma en que un imputado es golpeado por gendarmes. Finalizada la golpiza, fueron los propios internos quienes tuvieron que llevar al herido al hospital de la cárcel. Luego de dos horas, fue trasladado a la Posta Central y al día siguiente se informó de su fallecimiento producto de una muerte cerebral. En el mismo video se logra apreciar que el imputado fue entregado por gendarmes a funcionarios de ambulancia entre burlas, risas y comentarios del maltrato al imputado.³¹

Otro caso relevante ocurrió en Chillán, el 11 de marzo de 2016, cuando el Juzgado de Garantía de Chillán condenó a seis gendarmes en calidad de autores del delito de aplicación de tormentos o apremios ilegítimos a internos del Centro de Cumplimiento Penitenciario de la ciudad. La resolución detalla que “apartándose de los deberes de control, cuidado y protección que su labor les imponía, los acusados trasladaron a los [reclusos] a otro sector del recinto procediendo a castigarlos intencionadamente”. A los internos, se les “infringió dolor y sufrimiento mediante agresiones físicas injustificadas y denigrantes que los afectaron física y emocionalmente”. El tribunal añadió que los gendarmes “procedieron a irrespetar el trato digno que el desempeño de su función pública importa, agrediendo de manera irracional e innecesaria” a los internos. De todas maneras, los funcionarios condenados no fueron destituidos y, por tanto, podrían volver a ejercer sus labores en la institución e, incluso, en el mismo recinto penal.³²

Sin perjuicio de que los casos de abusos siguen aconteciendo, en este ámbito ha habido un avance sustantivo, especialmente en materia legislativa al haberse actualizado el delito de tortura de acuerdo a los estándares internacionales. Específicamente, la Ley 20.968, que entró en vigencia a fines de 2016, tipifica el delito de tortura y, a su vez, penaliza

31 24 Horas: “Investigan muerte de un imputado en la cárcel: Habría sido en manos de gendarmes”. 31 de enero de 2018.

32 24 Horas: “Condenan a seis gendarmes por tortura a internos de cárcel de Chillán”. 17 de abril de 2018.

también otros apremios y tratos crueles, inhumanos o degradantes.³³ En ese contexto, es posible apreciar un avance en el cumplimiento por parte del Estado de Chile respecto a las obligaciones de sancionar e investigar fenómenos de tortura de acuerdo a los estándares internacionales. Así, destaca la primera formalización por este delito, en agosto de 2017, llevada a cabo por parte de la Fiscalía Local de Arica, en contra de tres funcionarios de Gendarmería, quienes de acuerdo a la investigación agredieron y dejaron con lesiones de mediana gravedad a un interno del Complejo Penitenciario de Acha.³⁴

Por supuesto, y sin perjuicio del avance legislativo, las medidas de prevención internas de la institución aún se mantienen al debe. Un caso ejemplificador de la cultura de violencia física que se mantiene en Gendarmería, se constató en Rancagua en un curso de perfeccionamiento impartido a los aspirantes a ingresar a la institución. El curso está siendo investigado porque durante su desarrollo se habrían producido torturas por parte de los superiores a los subordinados, entre otras conductas, como propinar golpes, provocar quemaduras, mantener al gendarme en una piscina congelada, obligarlo a desnudarse, etc. Lo anterior da cuenta de que la cultura de especialización y formación de Gendarmería todavía mantiene importantes características de violencia y tratos degradantes.³⁵

2.3. Violencia entre los internos: el abandono del Estado

Una aproximación tradicional a la violencia dentro de las cárceles sitúa siempre a la autoridad como protagonista, al ejecutar de manera activa actos de violencia y, muchos de ellos, constitutivos de torturas, tratos inhumanos y degradantes. Esta vulneración se sustenta en la relación de dependencia y subordinación presente en esos espacios.

Asimismo, existe otra forma de violencia, de mayor o igual gravedad en los recintos penitenciarios. De un informe solicitado por el diputado, de Renovación Nacional, Nicolás Monckeberg, producto de denuncias efectuadas en algunas entidades, se estableció que de las 886 muertes ocurridas en los centros penitenciarios desde 2011, 297 se dieron por riñas.³⁶ Es decir, existe una fuente relevante de violencia dentro de las cárceles y, especialmente, de muertes relacionadas con peleas entre los mismos internos. Destacan varios casos que pasaremos a describir.

33 Véase Luis Torres, *El Delito de Tortura en Chile y el proyecto de ley para su nueva tipificación: balance y críticas*, Cuadernos de difusión CEIUC, 2015, pp. 55-62.

34 Cooperativa.cl: "Fiscalía formalizó a gendarmes en el primer caso de tortura en la región". 16 de agosto de 2017.

35 Cooperativa.cl: "Revelan imágenes de las torturas sufridas por aspirantes a gendarmería". 26 de mayo de 2018.

36 *La Tercera*: "Informe: un tercio de las muertes ocurridas en las cárceles desde 2011 fueron por riñas". 6 de mayo de 2017.

Una riña ocurrida, en septiembre de 2017, al interior de la cárcel de Temuco dejó como resultado un muerto y dos reos en estado de gravedad. Se confirmó el uso de armas blancas durante el conflicto. En junio del mismo año, ya había fallecido un interno en el contexto de una riña al interior del penal. Producto de aquella disputa resultaron lesionados, además, otro interno y dos gendarmes. También se denuncia que en octubre de 2016, murió un interno tras tener una pelea y recibir una estocada en el cuello propinada por otro recluso con un arma cortopunzante.³⁷ En el mismo sentido, en Valparaíso, se investiga la riña que se desarrolló en la cárcel porteña en el módulo 110 (mediana peligrosidad) donde participaron tres internos y que terminó con la muerte por apuñalamiento de un reo de 22 años.³⁸

Al mismo tiempo, se han presentado casos en que la violencia entre internos ha sido tolerada por personal de Gendarmería. Uno de los más destacados en este ámbito es el que fue presentado en la introducción de la presente sección de este *Informe*, el cual afectó a Jonathan Chávez y Cristián Romero. Como describimos, luego de ingresar a cumplir la medida cautelar de prisión preventiva, fueron atacados por los mismos internos de su pabellón.

Todo se inició en el módulo 11 donde internos invitaron a Chávez y Romero a comer pan y contar por qué estaban reclusos. Al conocer la razón por la cual estaban privados de libertad, inmediatamente los internos los rodearon y los llevaron al interior del módulo mientras los golpeaban con puñetes y patadas. En el interior, uno de los internos procedió a raparlos de manera violenta y en contra de su voluntad.³⁹

Posteriormente, los desnudaron y los dejaron por más de media hora en las duchas con agua fría, mientras les propinaban golpes con termos, palos y fierros. Una vez realizado lo anterior, los llevaron al patio del módulo. Este nuevo ataque fue grabado mediante un celular, para luego ser difundido a través de las redes sociales. En el registro, se puede apreciar que los internos golpean con golpes de puño y patadas a Chávez y Romero, obligándolos a pedir perdón a su víctima. En el mismo acto, le aplican corriente mediante los cables que se encuentran dispuestos en el pabellón. También se pudo conocer que fueron agredidos con armas blancas.⁴⁰

En el momento en que se ejecutaron estos actos, los 176 internos del módulo 11 se encontraban bajo la protección de un solo gendarme.

37 Radio Bío-Bío.cl: "Riña al interior de la cárcel de Temuco dejó un muerto". 22 de junio de 2017.

38 Cooperativa.cl: "Fiscalía Investiga muerte de reo tras pelea en cárceles de Valparaíso". 24 de mayo de 2018.

39 *La Tercera*: "Fiscalía da detalles de cómo torturaron a ecuatorianos en la cárcel". 21 de junio de 2018.

40 *Ibíd.*

Inclusive, de acuerdo a la información pública, el pabellón en el cual se encontraban no tenía las cámaras de seguridad en funcionamiento.⁴¹

Producto de la gravedad de estos hechos, los principales reclusos partícipes fueron formalizados por el delito de tortura. En un hecho inédito, días después, el gendarme a cargo de dicho pabellón también fue formalizado por el mismo delito, por no haber dado aviso oportuno de la situación, y sometido a la medida cautelar de prisión preventiva.⁴²

Era de esperar que esta última decisión provocara un malestar generalizado de parte de los funcionarios de Gendarmería, quienes denuncian el abandono por parte de las autoridades políticas anteriores. En consecuencia, de acuerdo a la postura gremial, no es posible imputar la responsabilidad al funcionario de Gendarmería en las actuales condiciones de precariedad en que trabajan.⁴³ De hecho, los mismos Chávez y Romero, quienes prestaron declaración en la investigación por las torturas de las cuales fueron víctimas, blindan al gendarme formalizado y señalan que fue ese funcionario quien finalmente les terminó por salvar la vida.⁴⁴

El malestar de los funcionarios de Gendarmería escaló al punto de amenazar con una paralización de sus funciones si es que el ministro de Justicia no los recibía para discutir las mejoras institucionales,⁴⁵ lo cual finalmente decantó en una solución más amistosa,⁴⁶ ya que la prisión preventiva del funcionario de Gendarmería involucrado fue reemplazada y retomó su libertad.

Por supuesto, este caso se encuentra en investigación y serán las autoridades del Ministerio Público y, en caso necesario, del Poder Judicial, quienes tendrán que determinar la responsabilidad tanto de los internos como del gendarme. De todas maneras, este caso es un ejemplo claro de que existe un problema por parte de las autoridades para establecer mecanismos que controlen la violencia entre los internos y, a su vez, de la carencia de recursos humanos y logísticos para cautelar efectivamente la integridad de los reclusos.

Cabe recordar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, señalan que el Estado no solo es

41 La Nación.cl: "Detenido gendarme que no alertó de torturas a imputados en la cárcel". 22 de junio de 2018.

42 *Ibíd.*

43 *La Tercera*: "Gendarme a cargo de módulo donde agredieron a imputado queda en prisión preventiva". 22 de junio de 2018.

44 El Dínamo.cl: "Insperada declaración de ecuatorianos imputados sobre el gendarme detenido por permitir torturas". 27 de junio de 2018.

45 ADN Radio.cl: "Funcionarios penitenciarios amenazan con paro tras detención de gendarme por omisión de torturas. 25 de junio de 2018.

46 El Mostrador.cl: "Gobierno cede y Ministro Larraín se reúne con gendarmes para evitar paro nacional". 26 de junio de 2018.

responsable por actos de tortura y otros tratos inhumanos, crueles y degradantes efectuados por sus agentes, sino también en el caso de que particulares los hayan ejecutado y el Estado no haya respondido de manera eficiente. Esto se traduce en que el Estado debe tomar medidas activas para proteger a las personas, frente a las cuales tiene deberes de protección, por los actos que otros particulares podrían cometer y que pudiesen ser constitutivos de tortura o de un trato inhumano y degradante.⁴⁷

2.4. Atentados sexuales en las cárceles chilenas⁴⁸

La edición de la Revista “Sábado” de *El Mercurio* realizó uno de los primeros recuentos de atentados sexuales en contra de internos. De las 338 denuncias que el Ministerio Público ha recibido por casos de violación y abuso sexual dentro de las cárceles en los últimos siete años, más del 70 por ciento de ellas quedó archivada o se decidió no perseverar en el procedimiento, algunas inclusive ni siquiera iniciaron una investigación. En la Fiscalía Centro Norte, por ejemplo, de las 110 denuncias entre 2010 y 2017, en 81 de ellas se decidió no perseverar o archivarlas. Solo tres llegaron a juicio abreviado y ninguna pasó a juicio oral.

Sin perjuicio de aquellas cifras, se explica que el fenómeno es mucho más generalizado y que el número de atentados sexuales es mayor que lo que se denuncia: es lo que se conoce como la llamada “cifra negra”. Se indica que, incluso, Gendarmería de todos los casos denunciados solo reconoce 26, a través de la información proporcionada por Ley de Transparencia.

Se destaca en el reportaje que una de las principales trabas que existe al interior de las cárceles es la posibilidad de realizar la denuncia respectiva por parte de la víctima. Específicamente, existe la cultura institucional de no tomar en cuenta las denuncias realizadas por los mismos internos y de no creer su relato. Como prueba de lo anterior se hace referencia al caso de Francisco, interno del penal Alto Bonito de Puerto Montt, el cual tuvo que cortarse las muñecas y brazos para que las autoridades lo escuchasen y pudiese realizar la denuncia respectiva.

De todas maneras, a pesar de estos sistemáticos impedimentos, el reportaje destaca el caso llevado adelante por la Fiscalía Local de Puente Alto, en el cual se logró condenar a cuatro internos a penas privativas de libertad de más de 10 años por haber violado a otro recluso. Un punto relevante, y que demuestra la dificultad de investigar estos hechos, es que se trata de casos en los cuales existen dificultades para obtener evidencia, ya que por lo general son sitios de difícil acceso dentro de la cárcel y donde nadie quiere cooperar.

47 Ver Informe 2015.

48 *El Mercurio*: “Las cifras de las violaciones en las cárceles”. Revista Sábado. 15 de junio de 2017.

Todo lo anterior se traduce en una vulneración relevante e incumplimiento por parte del Estado de los derechos de los privados de libertad. En particular, se hace referencia a las obligaciones que tiene el Estado de establecer mecanismos de prevención de dichos atentados y, a su vez, de propiciar la investigación de los mismos en diversos recintos penitenciarios, así como también de facilitar a la autoridad el cumplimiento de estos deberes.

2.5 Tratos denigrantes a familiares de internos

En septiembre de 2017, la Corte de Apelaciones de La Serena acogió un recurso presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, fallando a favor de seis menores de edad, familiares de internos del penal de la ciudad, que fueron objeto de revisiones corporales denigrantes, incluidos desnudamientos, en el contexto de visitas a sus familiares. Específicamente, se les obligó a quitarse los pantalones y la ropa interior (a niños y niñas), y además fueron sometidos a vejámenes como hacer sentadillas delante de personal de Gendarmería.

Dicha Corte critica la normativa interna de Gendarmería que establece un trato igualitario entre adultos e infantes, que van a visitar a sus familiares en recintos penales, sin considerar la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentran los niños y niñas. Además, critica que la normativa deje al arbitrio de un funcionario de Gendarmería la forma en que corresponde practicarles el registro.⁴⁹

En la cárcel de Colina I se dio una situación parecida. Cerca de 900 internos del penal realizaron una huelga denunciando el trato vejatorio que recibieron sus familiares un fin de semana. Las vejaciones producidas, entonces, a sus visitas se resumen en revisiones denigrantes, como alumbramiento de sus partes íntimas con linternas, en que se les obligara a bajarse su ropa interior, e incluso que se les limitara el ingreso de alimentos. Sumado a lo anterior, protestaron por la desigualdad en el trato a sus visitas con respecto a las de los detenidos por violaciones a derechos humanos que se encuentran en el mismo penal, debido a que las familias de dichos internos no son revisadas.⁵⁰

Lo precedente da cuenta de una situación de importante gravedad, ya que la autoridad no solo debe cumplir la dignidad y los derechos de los internos, sino que también de toda persona, especialmente de las familias que visitan a los presos. Los hechos descritos dan cuenta de una cierta arbitrariedad de la institución al momento de realizar las respectivas revisiones, que si bien son necesarias por motivos de seguridad, deben siempre tener como límite la dignidad e intimidad de las personas.

49 *The Clinic*: "Justicia de La Serena prohíbe a Gendarmería desnudar niñas y niños que visitan a familiares en penales". 8 de septiembre de 2017.

50 *Cooperativa.cl*: "Internos de Colina I se encuentran en huelga de hambre en demanda de un trato igualitario". 25 de abril de 2018.

CONCLUSIONES

Como fuera descrito en la introducción de esta sección del *Informe*, el caso de Jonathan Chávez y Cristián Romero demuestra que la política penitenciaria chilena no ha sufrido una reforma sustancial que permita cumplir los estándares de derechos humanos a los cuales se ha comprometido nuestro país. En concreto, las condiciones de vida de los privados de libertad y la violencia que sufren desde los propios internos y Gendarmería no han tenido un cambio sustancial ni estructural, tomando en consideración la historia de las cárceles en Chile.

Lamentablemente, los esfuerzos políticos por intentar resolver dicha situación se han concentrado en soluciones locales y de corto plazo, pero no han estado dirigidos a realizar un efectivo cambio en las condiciones en la que están viviendo, actualmente, los privados de libertad. Un ejemplo claro de la repetición de los problemas es que, año tras año, la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, en un esfuerzo relevante, ha venido constatando las condiciones que viven y la violencia que enfrentan los privados de libertad. Sin perjuicio de que uno de los poderes del Estado ha reclamado explícitamente una política pública para dar solución al problema, la respuesta ha sido incorporar cambios menores y no sustanciales.

En ese sentido, el Estado de Chile debe comprender que el mejoramiento en las condiciones de vida de los privados de libertad y, a su vez, la protección contra conductas violentas entre los internos y también de parte de la misma autoridad, es una obligación contraída en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que nuestro país ha ratificado. Como ha señalado la CIDH: “Esta Corte ha indicado que como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. En ese mismo sentido, ante esta relación e interacción especial de sujeción, el Estado debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a las personas detenidas o retenidas las condiciones necesarias para contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad, y que, por tanto, no pueden ser limitados, incluyendo el derecho a la vida, a la integridad personal y al debido proceso. Su falta de cumplimiento puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.⁵¹

En efecto, el Estado no solo está obligado a implementar políticas públicas destinadas a cumplir con sus obligaciones, sino que –al

51 Corte IDH, *Caso Fleury y otros contra Haití*, sentencia del 23 de noviembre de 2011.

encontrarse en “posición de garante”—, su inacción o, en otras palabras, omisión, puede llegar a ser considerada como una violación a los estándares de derechos humanos en la materia.

Por todo lo anterior, el Estado de Chile debe comprometerse a mejorar las condiciones de vida de los privados de libertad, lo que implicará una inversión relevante en la infraestructura de las habitaciones, baños y patios, entre otros, de las cárceles. Pero, además, y sobre todo, debe ejecutar una política pública basada en la experiencia y evidencia empírica, que implique disminuir la población penitenciaria actual y, a su vez, favorecer la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad y programas de reinserción social. En este sentido, uno de los principales problemas en el sistema penitenciario chileno es la población constante que mantiene y que sigue entrando a cumplir penas privativas de libertad y, por ende, que hace imposible que la infraestructura actual pueda dar abasto, provocando todos los problemas de condiciones de vida y violencia descritos en esta sección del *Informe*.

Así, la principal herramienta con que cuenta el Estado para mejorar las condiciones es, prioritariamente, dejar de encarcelar personas cuando tiene otros medios disponibles idóneos y más efectivos, como son las medidas alternativas a la cárcel. Para lo anterior, por supuesto, se requiere de un compromiso y una política de largo plazo que permita poner esta idea al servicio del mejoramiento del sistema penitenciario chileno.

Una visión que apuntaba a establecer una política de largo alcance y basada en información empírica, se estableció durante el segundo gobierno de la presidenta Bachelet. En particular, se creó en junio de 2017 un Comité Asesor para la Reinserción Social, con el propósito de elaborar una hoja de ruta que permitiera aproximarse al tema de la reinserción de los condenados, desde una perspectiva de política de Estado, abordando sus múltiples dimensiones. Tras seis meses de trabajo, el Comité presentó la primera Política Pública de Reinserción Social con 78 medidas, de corto, mediano y largo plazo.⁵²

En este nuevo gobierno, el ministro de Justicia ha expresado la necesidad de reformar el sistema penitenciario, ante lo sucedido con los dos ciudadanos ecuatorianos que fueron violentados por los mismos internos. Es de esperar que esta sea la oportunidad para realmente establecer una política que trascienda el gobierno de turno y pueda formar parte de un compromiso social acerca de cómo queremos lidiar con un problema que, tarde o temprano, afectará a todos los ciudadanos de alguna manera.

52 Ministerio de Justicia de Chile, *Política de reinserción social 2017*, enero 2018, disponible en: http://www.reinsercionsocial.cl/media/2018/02/Pol%C3%ADticas_P%C3%BAblicas_Reinserci%C3%B3n_Social_2ed2017.pdf.

RECOMENDACIONES

1. Racionalizar el uso de las penas privativas de libertad efectivas como respuesta general ante la comisión de delitos, con el objetivo de disminuir el hacinamiento y las consecuencias negativas del encarcelamiento como, entre otras, el efecto criminógeno.
2. Generar una política pública destinada a favorecer la aplicación de las medidas alternativas a la prisión así como, también, los programas de reinserción social tanto al interior de las cárceles como en el medio libre.
3. Implementar todas las medidas que sean necesarias para efectos de evitar acciones violentas entre internos, principalmente, mejorar sus procesos de determinación de peligrosidad para lograr mayor efectividad en la división de módulos, y favorecer continuamente la inspección de las celdas para incautar cualquier tipo de arma.
4. Iniciar inmediatamente un proceso de investigación ante el conocimiento de alguna situación de violencia, tortura y ataques sexuales, tomando todas las medidas tendientes a resguardar la seguridad física y psíquica de los reclusos –por ejemplo, a través del traslado de módulos– así como también todos los resguardos para preservar la evidencia del abuso.
5. Realizar una inversión sustancial en el mejoramiento de la infraestructura de las cárceles, particularmente, los baños y habitaciones, de manera que las personas privadas de libertad puedan cumplir su condena de manera digna y humana.
6. Mejorar la formación y capacitación de los funcionarios de Gendarmería, en especial, en materia del uso de la fuerza física contra los internos y el control de episodios de violencia entre reclusos.

**SEGUNDA PARTE:
INVESTIGACIONES
EN DDHH**

**VIOLENCIA EN CONTRA
DE LA MUJER EN SUS
RELACIONES DE PAREJA.
DILIGENCIA DEBIDA: FEMICIDIO,
ARCHIVO PROVISIONAL Y DECISIÓN
DE NO PERSEVERAR EN LOS
CASOS DE LESIONES POR
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR¹⁻²**

*“Con una simple denuncia de golpes no hacen nada,
por eso dije un poco de más [sic]”.*

(Testimonio judicial de una mujer víctima
de violencia intrafamiliar ante fiscal)

- 1 La elaboración de este capítulo ha sido gracias al aporte del Fondo Esperanza Grant, de la Fundación de la escritora Isabel Allende.
- 2 Capítulo elaborado por Lidia Casas Becerra, investigadora principal y Macarena Castañeda Letelier. Fueron ayudantes y colaboradoras las/os siguientes, abogadas/os, alumnas y egresadas de Derecho UDP: Matilde Advis Salinas, Luisa María Amigo, Juan José Álvarez, Elisa Franco, Javiera Lagos, María Eugenia Raggi, María Belén Saavedra, y Antonia Vila. Un agradecimiento por el esfuerzo desplegado que realizaron para las grandes y pequeñas tareas. A su vez, agradecemos los comentarios y sugerencias al borrador de este capítulo de los profesores Ricardo Lillo, Fernando Londoño, Tomás Vial y las profesoras Macarena Vargas y Judith Schönsteiner. Cualquier error es de nuestra responsabilidad.

SÍNTESIS

El trabajo que aquí se presenta evalúa el cumplimiento de la obligación de debida diligencia del Estado conforme a los estándares internacionales de derechos humanos en el acceso a la justicia, especialmente, en la investigación y sanción en materia penal de los delitos de violencia intrafamiliar.

El estudio se centra en una muestra de 235 causas de delito de lesiones hacia mujeres en el contexto de relaciones de pareja bajo la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar y que terminaron en archivo provisional o por decisión de no perseverar entre 2012 y 2016. Se complementó el análisis con entrevistas a distintos actores del sistema de justicia. Además, se realizó una revisión y análisis de 48 sentencias dictadas en casos de femicidio (consumado, frustrado y tentado) en 2017.

Todo lo anterior, a fin de evaluar el cumplimiento de las obligaciones de investigar y sancionar la violencia en contra de las mujeres, determinando las características de víctimas y perpetradores, las medidas que adopta la Fiscalía, las policías y otros agentes del Estado, y los elementos que facilitan u obstruyen el acceso a la justicia. En un 84% de las causas terminadas en archivo o por decisión de no perseverar, se trata de denunciados que no fueron encontrados y llevados a la justicia por falta de notificación. Las víctimas se desisten en sus denuncias por diversas motivaciones, muy disímiles entre sí, y que no obedecen a que cambien la versión de los hechos, o hayan reanudado la vida en común con sus agresores. Resulta preocupante, además, el consumo problemático de alcohol y drogas entre perpetradores, aumentando el riesgo para las víctimas.

Los resultados muestran que pese a los esfuerzos de casi dos décadas por combatir y sancionar la violencia, hay serias deficiencias en la protección de las mujeres, incumplimientos de agentes del Estado con sus deberes funcionarios, comprometiendo, por ello, la responsabilidad internacional del Estado. Las políticas públicas se

encuentran desfinanciadas, las intervenciones carecen de miradas integrales y no logran comprender la diversidad de situaciones y contextos de violencia que experimentan las mujeres.

PALABRAS CLAVES: ministerio público, policía, lesiones, femicidio, persecución penal, retractación, desistimiento, medidas de protección.

INTRODUCCIÓN: PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN

Este trabajo tiene como propósito indagar sobre una de las formas de violencia de género, la violencia de parte de la pareja, que se encuentra sancionada en la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar y en la figura del femicidio tipificada en el Código Penal chileno. Respecto de la primera, solo nos abocaremos a una faceta, cual es la investigación y sanción en sus aspectos penales limitado respecto de algunos delitos: las lesiones.

Su objetivo principal es evaluar el cumplimiento de la obligación de debida diligencia del Estado según se encuentra establecida en los estándares internacionales de derechos humanos, desarrollados más adelante, en el acceso a la justicia, especialmente en materia de la investigación y sanción penal.

Existe escasa literatura que analiza los procesos judiciales ocurridos en el marco de la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar en contra de las mujeres. Por ello, comprender la complejidad del fenómeno de la violencia en contra de las mujeres en sus relaciones afectivas y su tratamiento en el sistema judicial presenta un gran desafío. En consecuencia, este estudio tiene un alcance exploratorio, esperando dar luces de nuevas aristas de investigación que permitan ilustrar, comprender y esbozar algunas propuestas de cambio.

Para alcanzar el objetivo, el estudio centra el análisis en aquellas causas de delito de lesiones hacia mujeres en el marco de la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar que terminaron en archivo provisional o en decisión de no perseverar, entre 2012 y 2016. Esto por dos razones: en primer lugar, dado que los casos de lesiones representan un número significativo de los ingresos por violencia de pareja; de hecho, el 49,38% de los casos terminados en 2016 son de lesiones en el contexto de violencia intrafamiliar (VIF).³ Esto significa que el proceso judicial se inicia con algunos antecedentes de la existencia de una agresión física. Y,

3 Ministerio Público, *Boletín Estadístico Anual 2016 del Ministerio Público*. Visto en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>

en segundo lugar, porque los casos terminados por archivo provisional o decisión de no perseverar representan un 36,15% del total de casos terminados por violencia intrafamiliar: una cifra alta considerando que en esta clase de delitos el victimario es conocido. Enfocándonos en estos casos, podemos observar el perfil de situaciones, analizar si se cumple la debida diligencia en la investigación, identificar los obstáculos en su tramitación y los factores que participan para que esta labor no sea fructífera.⁴

Con el objeto de complementar y profundizar la información levantada, se realizaron entrevistas semiestructuradas a profesionales del Ministerio Público, Ministerio del Interior y SERNAMEG, y centros de violencia contra la mujer, como actores involucrados en los procedimientos respecto de estas causas. Estas permitieron profundizar la comprensión y complejidad de los procesos de investigación, contrastándolos con los datos que aparecen en el análisis de las carpetas de casos en un proceso de triangulación de información.

Además, se realizó una revisión y análisis de las sentencias dictadas en casos de femicidio (consumado, frustrado y tentado) en el año 2017. Esto con el fin de obtener características de víctimas y perpetradores, las historias de violencia detrás de los hechos y los resultados de los procesos, que permitan dar pistas para identificar algunos elementos comunes con casos de lesiones terminados por archivo o por decisión de no perseverar.

De esta manera, el capítulo se organiza presentando, en primer lugar, un esquema de los estándares de derechos humanos (1), luego, los antecedentes sobre violencia en contra de las mujeres en Chile, el marco normativo y los datos sobre magnitud y prevalencia de la violencia (2). Posteriormente, se presentará el marco metodológico de esta investigación (3). En la cuarta sección, se dará cuenta del resultado del análisis de las causas archivadas y terminadas por decisión de no perseverar en delito de lesiones contra mujeres en el marco de la Ley 20.066 (4). En una quinta sección, se presentará una revisión y análisis de las sentencias dictadas en casos de femicidio (consumado, frustrado y tentado) en el año 2017 (5). Más adelante, se analizan los contenidos expresados por los y las entrevistadas (6), la labor de la policía (7) y, finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones a la luz de los hallazgos (8).

Queremos agradecer y destacar que este estudio no hubiera sido posible sin el acceso a las carpetas de casos judiciales terminados que dio la Fiscalía Nacional y su Unidad de delitos sexuales, violencia contra la Mujer y derechos humanos mediante un convenio especial de colaboración celebrado con la Universidad Diego Portales, que permitió el análisis de aquellos datos. La decisión institucional de permitir revisar

4 Ibid.

sus actuaciones debe ser felicitada y alentada en otras instituciones, pues permite un escrutinio externo bajo estándares de derechos humanos en un área sensible sobre el rol del Estado en la protección de las mujeres ante la violencia de género.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Desde hace varias décadas, el sistema internacional de protección de los derechos humanos y la comunidad internacional han afirmado que la violencia en contra de las mujeres (en adelante, también, VCM) tiene en su base la discriminación que las afecta y constituye una violación a los derechos humanos.⁵ La VCM vulnera múltiples derechos, entre estos: la vida en casos extremos,⁶ la libertad cuando las mujeres son sometidas a secuestro por sus parejas o cuando limitan su libertad ambulatoria,⁷ y siempre a la integridad, la salud,⁸ el derecho a la privacidad,⁹ y el acceso a la justicia, cuando el sistema o el Estado no responde a los requerimientos de las víctimas.¹⁰

El foco de la responsabilidad internacional de los Estados en materia de violación a los derechos humanos está en las acciones de los agentes del Estado. Sin embargo, las agresiones cometidas por particulares pueden generar responsabilidad para el Estado por falta de debida diligencia, tal como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en jurisprudencia constante desde el caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras* de 1988,¹¹ y especialmente, en el

5 Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, Viena 1993. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su resolución 1994/45 del 4 de marzo de 1994, decidió nombrar un Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. Esta Relatoría puede recibir denuncias individuales y ha realizado investigaciones *in loco* sobre la situación de violencia contra las mujeres en países de la región como Argentina, El Salvador, México y Guatemala.

6 Artículos 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 4.1 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 4.a y 4.b de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará) y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

7 Artículos 1, 3 y 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 4.c de la Convención Belém do Pará y 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

8 Artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11.1.f y 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

9 Artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

10 Artículos 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 4.g y 7.b de la Convención Belém do Pará y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

11 Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 172.

caso *Campo Algodonero versus México* de 2009. Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, este concepto involucra la obligación que los Estados tienen de contar con una legislación que permita sancionar ciertos hechos, que estos se investiguen como delitos cuando corresponda, y que esas investigaciones no sean solo formalidades o ritos procesales sino exhaustivas, serias e imparciales. Se incumple con la obligación de diligencia debida cuando no hay investigaciones adecuadas, no se sanciona cuando corresponde y no se repara a las víctimas por los daños sufridos, o cuando el Estado no ordena, solicita o valora las pruebas que pueden ser fundamentales para el esclarecimiento de los hechos denunciados y no aplica las sanciones correspondientes.¹²

La Corte IDH ha señalado que la violencia sexual, la desaparición y la muerte de mujeres pueden acarrear responsabilidad internacional al Estado cuando no hay adopción de medidas para prevenir, investigar y sancionar estos delitos.¹³ Las acciones u omisiones del Estado no son atribuibles solo a un tipo de agente, sino a diversas entidades públicas que participan en la prevención, atención, investigación, sanción y reparación. En este sentido, cobran especial relevancia los casos de violencia de pareja conocidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) donde se ha establecido con claridad que la existencia de normas discriminatorias, la ineficacia de la investigación penal y la falta general de prevención y reparación a las víctimas constituyen violación a los derechos humanos de las mujeres.¹⁴ Estos estándares han sido reflejados en la Convención Belem do Pará, especialmente en sus artículos 7 y 8, ratificada por el Estado de Chile en octubre de 1996.

En materia de persecución penal, la Corte IDH ha reiterado que la debida diligencia “exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue”.¹⁵ Por su parte, la Comisión IDH ha reafirmado en sus informes temáticos que la sola existencia de una ley, o la apertura de investigaciones formales, pero sin la adopción de medidas conducentes

12 Corte IDH, Caso “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) versus Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C N°63, párr. 230.

13 Corte IDH, Caso *Yarce y Otras versus Colombia*, sentencia del 22 de noviembre de 2016, y Caso *González y otras (Campo Algodonero) versus México*, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 87.

14 Ver Comisión IDH, Informe N°54/01, caso 12.051 *Maria Da Penha Maia Fernandes versus Brasil*, 16 de abril de 2001, párr. 55-56, y caso Comisión IDH, *Jessica González y otros versus Estados Unidos*, Informe N° 52/07, Petición 1490-05. Admisibilidad 24 de julio de 2007. En el segundo, el reproche a Estados Unidos fue la falta respuesta oportuna de la policía a la solicitud de ayuda de la denunciante ante la desaparición de sus hijos a manos del padre, quien ya tenía una medida de alejamiento, y la posterior investigación administrativa y penal cuando los niños fueron encontrados asesinados por su progenitor.

15 Corte IDH, caso *Vereda La Esperanza versus Colombia*, sentencia del 31 de agosto de 2017, párr. 185; caso *Yarce y Otras versus Colombia*, op. cit., párr. 280; y caso *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 83.

al esclarecimiento de los hechos, identificación de los responsables o la búsqueda de evidencia para esclarecer los ilícitos no satisfacen los estándares de debida diligencia.¹⁶ Esos son los elementos centrales para entender el acceso a la justicia como una cuestión *de iure y de facto*.¹⁷

Esta es la lógica que ha seguido la Corte IDH en los fallos posteriores,¹⁸ ya que ha encontrado responsabilidad estatal por la conducta de particulares en dos tipos de casos: violencia atribuida a grupos paramilitares en que el Estado debe proteger, garantizar y reparar¹⁹, y aquellos casos de violencia sexual en contra de mujeres.²⁰

En el sistema internacional, la obligación de debida diligencia referida a la violencia contra las mujeres se encuentra especialmente desarrollada en la Recomendación General 19, de 1992, del Comité de la convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW.²¹ En ella se señala que es un imperativo que los Estados adopten medidas afirmativas para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización a las víctimas (párr. 9). Esta recomendación fue posteriormente complementada y actualizada por la Recomendación General 35, sobre la violencia por razón de género contra la mujer (2017). Allí se explicitan las múltiples formas que puede adoptar la discriminación reconociendo que la violencia está ligada a factores complejos y, muchas veces, interseccionales.²²

En cuanto a la diligencia debida la recomendación es clara: “los Estados partes deben adoptar y aplicar diversas medidas para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer (...) lo que comprende contar con leyes, instituciones y un sistema para abordar dicha violencia y garantizar que funcionan de manera eficaz en la práctica y que cuentan con el apoyo de todos los agentes y órganos del Estado que hacen cumplir las leyes con diligencia. El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas para prevenir los actos de

16 Comisión IDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/II, Doc. 68, Washington DC 2007, párr. 5.

17 *Ibid.*

18 Corte IDH, caso *García Ibarra y otros versus Honduras*, sentencia del 17 de noviembre de 2015, párr. 135; caso *González y otras (Campo Algodonero) versus México*, op. cit., párr. 253-258; caso *Perozo y otros versus Venezuela*, sentencia del 28 de enero de 2009, párr. 149.

19 Corte IDH, caso *Yarce y Otras versus Colombia*, op. cit.; caso de *La masacre de Mapiripán versus Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 111; caso de *La masacre de Pueblo Bello versus Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 113.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Yarce y Otras versus Colombia*, op. cit.; caso *González y otras (Campo Algodonero) versus México*, op. cit., párr. 87.

21 CEDAW, *Recomendación General 19, La Violencia contra la Mujer*, 11° período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994). La CEDAW fue ratificada por Chile en 7 de diciembre de 1989.

22 CEDAW, *Recomendación General 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer*, 27 de julio de 2017, CEDAW/c/GC/35, párr. 14.

violencia por razón de género contra la mujer en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas y supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer. Tales fallas u omisiones constituyen violaciones a los derechos humanos”²³

De no adoptar estas medidas los Estados pueden ser responsables de actos de privados. La Convención Belém do Pará –el tratado específico sobre la violencia en contra de la mujer del sistema interamericano– indica que “los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art. 7.b).²⁴

La Corte IDH ha señalado que la visión estereotipada de las mujeres repercute en normas y prácticas de los operadores de justicia, y facilita o permite la transgresión de sus derechos por parte de los agentes del Estado. Así, si el Estado tuviera conocimiento, o debería tenerlo, de situaciones de riesgo real e inmediato, o de condiciones que exacerban la exposición a daños para las víctimas, será responsable porque tiene una obligación positiva de actuar.²⁵ El Comité de la CEDAW en las decisiones de casos de violencia ha establecido que la inactividad del Estado vulnera los derechos a la no discriminación, el derecho a la vida e integridad de las víctimas sea por la actuación de las policías, fiscales o jueces.²⁶

23 *Ibid.*, párr. B. 2 b).

24 *Ibid.* En un sentido similar, el Consejo de Europa adoptó en el 2011 el Convenio Sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, conocido como Convenio de Estambul. Este establece la obligación de debida diligencia: “Las Partes tomarán las medidas legislativas y otras necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales” (art. 5 N°2).

25 Corte IDH, caso *Yarce y otra. versus Colombia*, op. cit., párr. 182; caso *Luna López versus Honduras*, sentencia del 10 de octubre de 2013, párr. 125 y 126.

26 Comité de la CEDAW, caso *Reyna Trujillo y otros versus México*, dictamen del 27 de agosto de 2017, CEDAW/C/67/D/75/2014; caso *Ángela González Carreño versus España*, dictamen del 15 de agosto de 2014, CEDAW/C/58/D/47/2012; caso *X & Y versus Georgia*, dictamen del 25 de agosto de 2015, CEDAW/C/61/D/24/2009; caso *El Centro de Intervención de Viena contra la Violencia Doméstica y la Asociación en pro del Acceso de la Mujer a la Justicia, en nombre de Banu Akbak, Gülen Khan y Melissa Özdemir (descendientes de la fallecida) versus Austria*, Comunicación No. 6/2005, 23 de julio a 10 de agosto de 2007; caso *El Centro de intervención de Viena contra la violencia en el hogar y la Asociación para el acceso de las mujeres a la justicia en nombre de Hakan Goekce, Handan Goekce y Guelue Goekce (descendientes de la difunta)*, dictamen del 23 de agosto de 2007, CEDAW/C/39/D/5/2005.

Muchas veces en esta línea de investigación y sanción respecto de casos de violencia de género, las mujeres se ven expuestas a discriminación múltiple y revictimización, porque se las cuestiona y responsabiliza por los hechos vividos, todo ello fundado en prejuicios y estereotipos de género, de clase u otros.

2. ANTECEDENTES SOBRE VIOLENCIA EN CONTRA DE LAS MUJERES EN CHILE

2.1. Marco normativo

El estudio de la violencia desde un plano normativo exige revisar diversos cuerpos legales que la regulan y que responden a las obligaciones que Chile ha suscrito en la materia.

2.1.1. La Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar

La Ley 20.066 del 7 de octubre de 2005 sustituyó a la Ley 19.325, modificó el Código Penal y la Ley 19.968 de Tribunales de Familia. No obstante, se mantuvo vigente el Reglamento de la Ley 19.325 sobre el registro especial de condiciones.²⁷

La Ley tiene por objeto “prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma” (art. 1), en similares términos a lo establecido en la Convención de Belém do Pará. Las personas protegidas son el cónyuge, excónyuges, conviviente, exconviviente, padre o madre de hijo común, aunque no haya existido convivencia. Se incluyen, además, a los parientes del ofensor, de su cónyuge o actual conviviente, en la línea recta desde abuelos a nietos y parientes colaterales hasta la relación tíos/tías/sobrinos/sobrinas, y cualquier otra persona que sea menor de edad o con discapacidad que se encuentre bajo la dependencia de cualquier integrante de la familia. De tal manera que es una ley de violencia intrafamiliar y no una ley de violencia contra las mujeres.

La Ley 20.066 incorporó un delito subsidiario: el maltrato habitual, que se entiende como “el ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de algunas de las personas referidas en el artículo 5 [...] Para apreciar la habitualidad se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos

27 “Artículo 8°. El Servicio de Registro Civil e Identificación deberá llevar un registro especial de las personas que hayan sido condenadas, por sentencia ejecutoriada, como autoras de actos de violencia intrafamiliar. El tribunal, ejecutoriada que sea la sentencia, deberá oficiar al Registro Civil, individualizando al condenado, señalando el hecho sancionado y la medida aplicada.” Ley 19.325.

anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absoluta o condenatoria” (art. 14). Se lo define también como un delito de mera actividad, pues se castiga solo el empleo de la violencia, sin exigir resultados. Además, la ley califica como delito de lesiones menos graves las lesiones aun cuando sean de menor entidad cuando se producen en contexto de violencia intrafamiliar (VIF).²⁸

La normativa en análisis contempla que conozcan de estos hechos dos tipos de actores judiciales distintos. Los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito son de conocimiento de los tribunales de familia. *Contrario sensu*, los actos de violencia intrafamiliar constitutivos de delitos –como las lesiones– son de conocimiento de la justicia penal, ya sea que hayan ingresado por denuncia policial o denuncia directa ante el Ministerio Público, o por derivación del tribunal de familia cuando se trata de delitos o los hechos son calificados como maltrato habitual. En este último caso, el juez de familia se declarará incompetente para conocer el asunto, sin perjuicio de las medidas cautelares que puede haber dictado y que pueden subsistir incluso en sede penal.²⁹ La Ley 20.480 sobre femicidio también dispone que la remisión de los antecedentes de un tribunal de familia al Ministerio Público mantiene vigentes las medidas cautelares que se hayan decretado mientras no solicite su modificación o cese en sede penal.

El fiscal podrá iniciar la investigación o aplicar alguna de las salidas facultativas consagradas en la Ley, como el archivo provisional o por aplicación del principio de oportunidad.³⁰ En términos generales, los fiscales tienen similares facultades y el procedimiento sigue las mismas etapas que otros delitos, con algunas diferencias que a continuación se señalan:

- Medidas cautelares de protección: el juez de garantía puede decretar medidas cautelares de protección a la víctima, incluso antes de la formalización, solicitadas por el fiscal,³¹ teniendo una amplia gama de medidas a su disposición. Por una parte, podrá decretar aquellas contenidas en el artículo 92 de la Ley

28 Artículo 494 No 5 del Código Penal.

29 Artículo 90 Ley 19.968.

30 Artículo 170 del Código Procesal Penal.

31 Artículo 15 de la Ley 20.066.

19.968, las aludidas en el artículo 7 de la Ley 20.066,³² a propósito de la evaluación de riesgo, y, también, podrá decretar en calidad de cautelares, las medidas accesorias del artículo 9 de la misma ley. Sin perjuicio, de la aplicación del artículo 155 del Código Procesal Penal.

- Salidas alternativas: en este tipo de procesos, la ley solo permite la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento como salida alternativa,³³ prohibiendo expresamente la aplicación de los acuerdos reparatorios, consagrados en el Código Procesal Penal.³⁴ El juez de garantía debe aprobar la suspensión condicional del procedimiento solicitada, imponiendo como condición, al menos, alguna de las medidas accesorias del art. 9 de la Ley 20.066, además de aquellas contempladas en el art. 238 del Código Procesal Penal, tales como residir o no residir en un lugar determinado, abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas, someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza, entre otras.
- Medidas accesorias: la Ley 20.066 también contempla la aplicación de medidas accesorias en sede penal y se remite a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 20.066 para actos de violencia intrafamiliar conocidos por jueces de familia. Entre las medidas que enuncia se encuentran la obligación de abandonar el hogar común, la prohibición de acercamiento a la víctima o su domicilio, lugar de trabajo o estudio, la prohibición de porte, tenencia o, en su caso, el comiso de armas de fuego, la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. El juez de garantía debe establecer el plazo de duración de dichas medidas, entre 6 meses y 2 años, que puede ser prorrogado a petición de la víctima, si las circunstancias así lo ameritan.

32 Artículo 92 señala 1. Prohibir o restringir la presencia del ofensor en el hogar común, lugar de estudios o trabajo de la víctima. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias; 2. Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común; 3. Fijar alimentos provisorios; 4. Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos; 5. Prohibición de celebrar actos o contratos; 6. Prohibir el porte y tenencia o incautar cualquier arma de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, o la Comandancia de la Guarnición o al Director de Servicio respectivo para los fines legales o reglamentarios que correspondan; 7. Decretar la reserva de identidad del denunciante; 8. Establecer medidas de protección para adultos mayores afectados por alguna incapacidad o discapacidad.

33 Artículo 17 de la Ley 20.066.

34 Artículo 19 de la Ley 20.066.

El Ministerio Público puede además adoptar medidas de protección, que no afectan los derechos de los imputados, tales como contacto telefónico prioritario con la víctima, rondas policiales al domicilio de la víctima, celular temporal de emergencia, alarmas personales, ubicación en casa de acogida, refuerzo de seguridad del domicilio, y cambio temporal o definitivo del domicilio de la víctima.³⁵

En 2014, el Fiscal Nacional emitió un oficio actualizando instrucciones sobre el manejo de los casos bajo la Ley 20.066.³⁶ El Oficio 792-2014 estableció criterios y parámetros, entre estos, la improcedencia del perdón del ofendido respecto de hechos constitutivos de delitos de violencia intrafamiliar. En este sentido, se instruye a los y las fiscales a oponerse a las solicitudes de sobreseimiento definitivo por dicha causal y, en el evento de acogerse, a apelar de la resolución que la acogió.³⁷ Una segunda cuestión, relevante para esta investigación, considera la posibilidad de que una víctima se retracte o no persevere, por lo cual con el objeto de precaver que el relato se pierda se establece la importancia de tomarle declaración a la víctima ante testigos.

Como señala el oficio, se le otorga especial relevancia a la pauta de riesgos, un instrumento que debe verificar antecedentes de la agresión, del imputado y de la historia de violencia con 73 preguntas. Ella consta en el parte policial y luego se contrasta con la aplicación de la pauta prevista por el modelo de atención de la Fiscalía, por lo menos de aquellos casos bajo análisis de este estudio. Desde 2016 se trabaja en un instrumento que entró en régimen el 2017. Se trata de un instrumento unificado, protocolo conocido como la pauta unificada, que tiene como base la pauta del Ministerio Público. Se dispone que se hace necesario efectuar una evaluación prioritaria de los antecedentes de riesgo de la víctima por sobre su declaración antes de considerar un eventual término anticipado del procedimiento. Se enfatiza en que, si bien los casos de violencia intrafamiliar se estructuran sobre la base del relato de la víctima, el Ministerio Público debe tomar consciencia de las dificultades que ello suscita, dada una eventual retractación instruyendo a que los/as fiscales busquen otros antecedentes probatorios que permitan el sustento de la acción penal.

El Oficio reconoce el problema de género que subyace a esta clase de delitos, por lo cual se instruye privilegiar la búsqueda de sanciones efectivas, esto es, la obtención de sentencias definitivas condenatorias.

35 Ministerio Público, véase <http://www.fiscaliadechile.cl>.

36 Ministerio Público, Oficio 792-2014 de la Fiscalía Nacional, 20 de octubre de 2014.

37 Como se verá, en la Tabla 1, el porcentaje de causas terminadas por sobreseimiento alcanzó el 3,8% en el 2013 y desde ese año sube alcanzando en 2017 el 5,9% de todos los términos. Desde ese mismo año, aumenta la aplicación del sobreseimiento definitivo del artículo 240 del CPP.

Desde 2017, se encuentra en discusión en el Congreso una propuesta de ley para una ley general de violencia de género contra las mujeres, Boletín 11.077. Este proyecto introducido en enero de 2017 a la Cámara de Diputados bajo la administración de la Presidenta Bachelet, busca dar un cambio de perspectiva en la normativa en que se reconocen expresamente los elementos de género que subyacen en la violencia en contra de las mujeres. Busca, asimismo, salvar los vacíos existentes respecto de la violencia íntima, las distintas manifestaciones, modos de comisión y reconoce, entre otras, la violencia que experimentan las mujeres en las instituciones públicas y privadas.

2.1.2. Ley 20.480 de Femicidio

En diciembre de 2010, se publicó la Ley 20.480 sobre Femicidio, introduciendo reformas al delito de parricidio, contemplado en el inciso 2 del artículo 390. Se especifica que el sujeto activo es un hombre que da muerte a la que es o ha sido su cónyuge o conviviente y mantiene la misma pena que el parricidio.³⁸ La ley ha sido criticada por no haber introducido cambios al tratamiento tradicional que la legislación nacional ha dado a la violencia contra la mujer, ya que mantiene su protección dentro del ámbito familiar, no solo por su ubicación dentro del delito de parricidio, cuyo bien jurídico protegido son las relaciones familiares, sino que, también, por la configuración del sujeto activo como cónyuge o conviviente, actual o anterior.³⁹ Como señala el Informe Temático sobre violencia contra la mujer de la Universidad de Chile, la restricción a este tipo de relaciones entre víctimas y victimarios excluye otro tipo de relaciones de pareja tales como el pololeo o noviazgo o que se discuta la existencia de una relación de convivencia.⁴⁰

2.2. Magnitud y prevalencia de la violencia en contra de la mujer

Los números del Ministerio Público muestran que, desde 2010 en adelante, los ingresos de casos y delitos por violencia intrafamiliar no han sufrido variaciones significativas. Nos referimos a casos en que existe una denuncia, pudiendo este hecho comprometer distintos tipos de delitos, como se observa en las causas investigadas bajo revisión. Así, por ejemplo, un caso puede involucrar el delito de lesiones, incendio y amenazas. Nuestro foco serán aquellas causas que fueron calificadas a su ingreso como delito de lesiones.

38 Agradecemos al profesor Fernando Londoño por sugerir que en el futuro se estudiara si está teniendo alguna aplicación la agravante del número 6 del art. 12 Código Penal, que como él acertadamente señala, en principio, podría usarse para casos de violencia de género.

39 Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, *Informe Temático: Violencia contra la mujer en Chile*, Santiago, 2018, p. 20.

40 *Ibid.*

Anualmente, los casos y delitos de violencia intrafamiliar varían entre el 9% y el 11% de todos los ingresos del Ministerio Público desde 2010 a 2017.⁴¹ La investigación penal en estas situaciones tiene algunas ventajas frente a otros delitos, como es la existencia de un imputado conocido, sin embargo, como veremos más adelante, posee otras complejidades vinculadas a los aspectos culturales de la violencia contra la mujer.

Es importante recalcar que la nómina de casos ingresados por la ley de violencia intrafamiliar, no solo comprende a la cónyuge, conviviente o expareja, sino también otros parientes, en virtud del artículo 5 de la Ley 20.066. Las cifras que se presentan no distinguen el tipo de relaciones. Los datos recogidos en el Informe Temático sobre violencia contra la mujer en Chile reportan que los ingresos de casos de denuncia por VIF que involucran las relaciones de pareja o de expareja representan casi dos tercios de los ingresos de delitos de violencia intrafamiliar entre 2005 y 2016. Así, los convivientes ocupan el primer lugar (24,45%), los cónyuges el segundo lugar (20.14%), los ex-convivientes el tercer lugar (15,09%) y, por último, se encuentran los excónyuges (1,80%).⁴²

La violencia en el marco de las relaciones de familia, como dijimos, involucra a su vez una gama muy distinta de delitos, entre los que se consideran amenazas, delitos sexuales, desacato, lesiones, maltrato habitual y otros, hasta el femicidio o parricidio. De estos, el delito de lesiones es el más frecuente, de manera sostenida al menos desde el año 2010, alcanzando entre el 46 y el 53% del total de ingresos, seguido del delito de amenazas, que representa entre el 37 y el 48% de ingresos anuales, entre 2010 y 2017.⁴³ Cabe hacer notar que el delito de femicidio no estuvo tipificado sino hasta marzo de 2010, por lo cual los ingresos en régimen son de 2011 en adelante.

Las formas de término de los procesos pueden ser judiciales⁴⁴ o no judiciales.⁴⁵ Al inicio de la Reforma Procesal Penal, la principal forma de término en materia de violencia intrafamiliar era la salida no judicial, que comprende el archivo, la decisión de no perseverar de parte de

41 Ministerio Público. *Boletines Estadísticos Anuales*. Visto en: <http://www.fiscaliadechile.cl>.

42 Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, *Informe Temático*, op. cit., p. 155.

43 Ministerio Público. *Boletines Estadísticos*. Revisión en línea. Visto en: <http://www.fiscaliadechile.cl>.

44 Se refiere al sobreseimiento definitivo o temporal, las salidas alternativas al juicio, la sentencia de juicio, además de la facultad del Ministerio Público para no iniciar la investigación.

45 Las salidas no judiciales o discrecionales comprenden actuaciones del Ministerio Público que lo facultan a terminar o no seguir adelante con una investigación siempre y cuando no haya existido intervención judicial.

la Fiscalía, la aplicación del principio de oportunidad⁴⁶ y la declaración de incompetencia. Sin embargo, esa proporción fue cambiando en el tiempo. De un porcentaje de 56,59% de salidas judiciales en 2010, han aumentado a un 57,74% en 2017, según las estadísticas del Ministerio Público (Tabla 1). Los términos son los realizados en el año fiscal independiente del año en que el delito hubiera ingresado.

Tabla N° 1
Términos de salidas judiciales aplicadas en delitos de violencia intrafamiliar por años, frecuencia y porcentajes en relación al total de términos en violencia intrafamiliar

Tipo de términos/Año	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Sentencia definitiva condenatoria	14.257	15.975	15.213	15.530	15.323	15.493	13.926	13.415
	9,1%	8,3%	8,2%	8,7%	9,1%	9,5%	9,3%	9,2%
Sentencia definitiva absolutoria	969	1.518	2.104	2.991	3.815	4.871	5.381	6.034
	0,6%	0,8%	1,1%	1,6%	2,2%	3,0%	3,6%	4,1%

- 46 Artículo 170 Principio de oportunidad. Los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma. Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Este, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere. Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal. La decisión que el juez emitiere en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal. Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del Ministerio Público. Conociendo de esta reclamación, las autoridades del Ministerio Público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada esta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare. La extinción de la acción penal de acuerdo a lo previsto en este artículo no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarías derivadas del mismo hecho.

Sobreseimiento definitivo	6.404	4.112	4.989	7.297	10.579	11.020	9.944	9.134
	4,4%	2,2%	2,7%	4,10%	6,2%	6,8%	6,6%	6,3%
Sobreseimiento temporal	2.322	2.681	2.733	2.817	2.779	2.621	1.812	1.224
	1,6%	1,4%	1,4%	1,5%	1,6%	1,6%	1,2%	0,8%
Sobreseimiento definitivo art. 240	–	–	–	–	–	19.592	16.991	14.530
						11,1%	11,3%	10,0%
Suspensión condicional del procedimiento	50.617	75.032	81.398	75.125	55.871	30.621	27.806	26.567
	35,1%	41,4%	44,3%	42,4%	33,2%	18,9%	18,6%	18,3%
Acuerdo reparatorio	–	–	–	–	62	102	80	63
					0,04%	0,06%	0,05%	0,04%
Facultad para no investigar	6.864	6.411	4.868	7.140	10.081	11.982	12.712	12.434
	4,7%	3,5%	2,6%	4,0%	5,9%	7,4%	8,5%	8,6%
SUB-TOTAL SALIDAS JUDICIALES	81.433	105.729	111.305	110.900	98.510	96.302	88.652	83.401
	56,5%	58,3%	60,5%	62,6%	58,5%	59,0%	59,3%	57,7%
SUB-TOTAL NO JUDICIALES	62.466	75.511	72.406	66.016	69.758	65.583	60.751	61.033
	43,4%	41,6%	39,4%	37,3%	41,4%	40,5%	40,6%	42,2%
TOTAL DE TÉRMINOS	152.092	190.278	192.774	187.172	178.237	170.932	158.274	154.122

Fuente: Boletines estadísticos anuales del Ministerio Público, años 2010 a 2017.

Entre las salidas judiciales, la más recurrente es la suspensión condicional del procedimiento, aun cuando su uso ha disminuido notablemente entre 2010 y 2017. Desde 2015 se observa una baja considerable y se inicia la aplicación del sobreseimiento definitivo del art. 240 del

CPC.⁴⁷ Este último término procede cuando se ha cumplido el plazo determinado por el juez o jueza para la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento sin que esta hubiera sido revocada. Es una figura distinta a la del sobreseimiento del art. 250, que establece que se termina la causa porque no existen indicios de la existencia de un delito, o aparezca con claridad el establecimiento de la inocencia del imputado, o el imputado estuviere exento de responsabilidad penal, entre otras.⁴⁸

En tercer lugar de importancia figura la sentencia condenatoria, que se mantiene bordeando el 9% anual en el periodo de 2010 a 2017, mientras que la proporción de casos terminados en sentencias absolutorias va en notable aumento. La facultad de no investigar ha ido paulatinamente en alza del 4,7% el año 2010 hasta un 8,6% en 2017.⁴⁹ Una hipótesis para el aumento de las sentencias absolutorias es la eventual menor disposición de los imputados y sus defensas para aceptar una suspensión condicional del procedimiento. Bajo la aplicación de la suspensión, el imputado no reconoce responsabilidad en los hechos que se le imputan, pero se somete a una condición por un tiempo

47 Artículo 240 Efectos de la suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento no extingue las acciones civiles de la víctima o de terceros. Sin embargo, si la víctima recibiere pagos en virtud de lo previsto en el artículo 238, letra e), ellos se imputarán a la indemnización de perjuicios que le pudiere corresponder. Transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado de conformidad al artículo 237, inciso quinto, sin que la suspensión fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo.

48 "Artículo 250 Sobreseimiento definitivo. El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo:

- a) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito;
- b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;
- c) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal;
- d) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley;
- e) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y f) Cuando el hecho de que se tratare hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado.

El juez no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los números 1° y 2° del artículo 93 del Código Penal."

49 "Artículo 168 Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía."

determinado por el juez, no menor a un año ni superior a 3 años.⁵⁰ En caso de incumplimiento injustificado, grave o reiterado de la condición, es posible revocar la suspensión y continuar el procedimiento.⁵¹

Las salidas no judiciales, es decir, aquellos casos en los cuales no ha mediado intervención judicial, no son la mayoría de los términos aplicados, pero representan un número sustantivo, correspondiendo al 43,4% el año 2010 sin mucha variación hasta 2017, con un 42,2% de términos. Entre las salidas no judiciales, el archivo provisional bordea el 40% de los términos no judiciales desde 2010 a 2017, seguido por la aplicación del principio de oportunidad y la decisión de no perseverar,⁵² (Tabla 2).

Tabla N° 2
Términos de salidas no judiciales aplicadas en delitos de violencia intrafamiliar por años, frecuencia y porcentajes

Tipo de términos/Año	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Archivo provisional	40.780	48.264	44.123	41.925	45.347	41.287	38.667	41.379
	28,3%	26,6%	24,0%	23,7%	26,9%	25,5%	25,8%	28,6%
Decisión de no perseverar	9.126	12.285	14.125	13.461	15.201	16.516	15330	13.867
	6,3%	6,7%	7,6%	7,6%	9,0%	10,2%	10,2%	9,6%
Principio de oportunidad	10.922	12.944	12.383	8.64	7.682	6.306	5.529	5.007
	7,5%	7,1%	6,7%	4,8%	4,5%	3,9%	3,7%	3,4%
Incompetencia	1.638	2.018	1.775	1990	1.528	1.474	1.215	780
	1,1%	1,1%	0,9%	1,1%	0,9%	0,9%	0,8%	0,5%

50 El Estado renuncia a su pretensión punitiva en atención a los intereses del imputado, ya que el imputado no presenta antecedentes penales previos. Véase, Lidia Casas y Alejandra Mera, *Violencia de género y reforma procesal penal chilena*, op. cit., p. 45, y artículo 237 del Código Procesal Penal.

51 Artículo 239 del Código Procesal Penal.

52 "Artículo 248 Cierre de la investigación. Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: [...]

c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido."

SUBTOTAL SALIDAS NO JUDICIALES	62.466	75.511	72.406	66.016	69.758	65.583	60.751	61.033
	43,4%	41,6%	39,4%	37,3%	41,4%	40,5%	40,6%	42,2%
SUB-TOTAL SALIDAS JUDICIALES	81.433	105.729	111.305	110.900	98.510	96.302	88.652	83.401
	56,5%	58,3%	60,5%	62,6%	58,5%	59,0%	59,3%	57,7%
TOTAL	152.092	190.728	192.774	187.172	178.237	170.932	158.274	154.122

Fuente: Boletines estadísticos anuales del Ministerio Público, años 2010 a 2017.

Cabe señalar que si se comparan los datos nacionales que corresponden a todos los delitos terminados, las salidas no judiciales representan más del 50% de los términos, alcanzando un 57,55% el año 2010 y 57,07% en 2017, es decir, la proporción de salidas no judiciales en todos los delitos es mayor a la que se observa en los casos de violencia intrafamiliar.⁵³ Ello es esperable, pues, a diferencia de otros delitos como el robo u otros delitos violentos, en violencia intrafamiliar el imputado es una persona conocida. Por ello, la importancia de indagar cualitativamente las razones que están a la base de los términos no judiciales, y que representan la materia de este estudio.

2.3. La violencia extrema en contra de las mujeres: el femicidio

El femicidio fue incorporado como figura en el Código Penal en 2010, en el artículo 390 inciso 2º, de allí que en los datos oficiales se contabilice desde 2011. Según la información del Ministerio Público, el ingreso de delitos de femicidio en distinto grado de desarrollo (consumado, tentado o frustrado) muestra un aumento sostenido entre 2011 y 2017. Las regiones más pobladas del país son las que concentran el mayor número de femicidios: Metropolitana, Valparaíso y Biobío (ver Tabla 3).

Tabla 3
Ingresos de delitos al Ministerio Público por femicidio 2011-2017 por región

Región/Año	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Arica y Parinacota	0	0	1	0	1	0	1	3
Atacama	0	0	1	0	0	3	2	6
Antofagasta	3	1	1	3	5	6	4	23
Calama	1	1	3	0	3	1	1	10
Coquimbo	3	3	4	4	5	3	5	30

53 Boletín estadístico anual del Ministerio Público 2010 a 2017, Tablas 6 y 6.1.

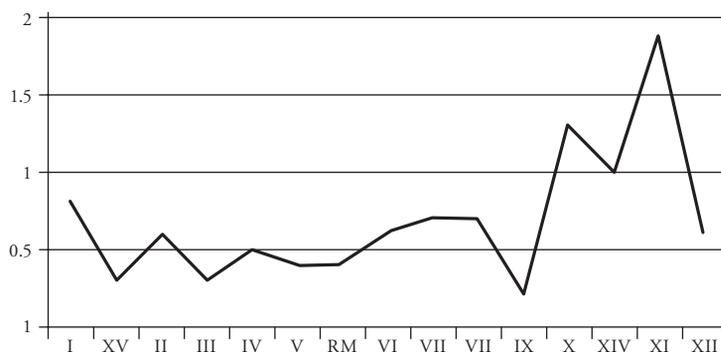
Valparaíso	3	7	6	6	8	7	9	48
Metropolitana	1	11	24	26	25	36	38	186
O'Higgins	2	4	2	6	7	4	18	47
Maule	3	5	9	2	4	5	8	38
Bío Bío	7	7	10	5	4	19	15	68
Araucanía	5	8	16	3	16	5	12	69
Los Lagos	1	5	3	6	6	10	9	43
Aysén	1	2	1	1	2	1	2	11
Magallanes	1	0	1	2	1	0	1	6
Los Ríos	2	1	1	4	1	1	6	18
Total		55	83	68	88	101	131	

Fuente: Elaboración propia

El aumento de ingresos de femicidios puede tener diversas explicaciones. Entre estas, que haya un mayor número de delitos con el paso de los años, o bien, que actualmente los/as fiscales están más dispuestos/as a formalizar por femicidio frustrado o tentado y no por lesiones graves en aquellas situaciones de violencia extrema en contra de mujeres, sin resultado de muerte. Esta es una percepción que tienen profesionales entrevistados del SERNAMEG.

Sin embargo, cuando se observan las tasas de femicidio consumado, es decir, el número de muertes por cada 100.000 habitantes, las más altas se encuentran en regiones del extremo sur del país: Los Lagos, Aysén y Los Ríos.⁵⁴

Gráfico 1: Tasa de femicidio 2017 por 100.000 habitantes por región



54 Subsecretaría de la Prevención del Delito, *Tasas casos VIF Mensual. VIF a Mujer 2001-2017 por región*, visto en: <http://www.seguridadpublica.gov.cl>.

Uno de los elementos que llama la atención es que la muerte de las mujeres por razones de género se produce en todas las edades, conforme a los datos de diversas fuentes, y que no todas son femicidios conforme al tipo penal. Los tramos etarios para los femicidios ocurridos en el período 2010-2017 se distribuyen durante todo el ciclo vital de las mujeres, aun cuando la mayor frecuencia se encuentra en el tramo entre 26 a 31 años (18.8%), luego en el tramo de 38 a 43 (15,7%) y, en tercer lugar, en el tramo de 32 a 37 años (15.4 %).⁵⁵

De estos rangos etarios, observamos con preocupación los casos de femicidio a adolescentes (entre 14 y 18 años) y mujeres de la cuarta edad (mayores de 74 años). Con respecto a las muertes de adolescentes, resulta peculiar la incorporación de la tipología “parejas” a esta edad, pues lo más frecuente en este rango etario son las relaciones de pololeo, aunque no se descartan las convivencias. Las relaciones que no están contenidas en la ley VIF, como las de noviazgo o pololeo, tampoco se encuentran contempladas en el tipo penal de femicidio. Dada la comprobada existencia de violencia e incluso de femicidio en el pololeo, varias entidades públicas –entre estas, SERNAMEG– desarrollan desde hace algunos años campañas de prevención dirigidas al mundo adolescente y de jóvenes. La frecuencia con que ocurren femicidios en este rango etario no forma parte de las estadísticas oficiales, pero sí de los registros de la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, que incorpora asesinatos de mujeres por razones de género más allá del estrecho margen de la Ley 20.066.⁵⁶ Estas omisiones también dejan fuera de las estadísticas situaciones como las violaciones sexuales con resultado de muerte de niñas –como los casos de Ámbar y Sofía ocurridos a comienzos de 2018, ambas menores de 2 años– y el suicidio femicida de Antonia Garros, de 22 años, en 2017.⁵⁷

En el caso de las mujeres mayores de 74 años, reportados por la prensa, muestran como la violencia de género⁵⁸ se potencia con problemas

55 Véanse los boletines de Femicidios Consumados anuales del SERNAMEG de los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, complementada con información de prensa y los registros de femicidios de la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres correspondientes a los años 2010 a 2017.

56 En el portal web de la organización se encuentra el registro pormenorizado de femicidios desde 2010 en adelante. Ver <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/registro-de-femicidios/>

57 Antonia Garros era violentada por su pololo Andrés Larraín. En 2017 se suicidó luego de que Carabineros, en lugar de llevarla a constatar lesiones, la obligó a enfrentarse a su agresor. Su familia interpuso una querrela contra Carabineros por actuar negligente de la institución policial que debía protegerla. Ver en: 24 horas.cl: “Caso Antonia Garros: familia demanda al Estado por actuar negligente de Carabineros”. 21 de agosto de 2018.

58 El concepto de violencia de género puede ser extraído de la decisión de la Corte IDH, caso *Penal Castro versus Perú*, 2006, párr. 223.

propios de la demencia senil. Así ocurrió en 2016 con un matrimonio que, pese a contar con la presencia de una trabajadora de casa particular que se encontraba con la pareja al momento de los hechos, ante un descuido, luego de una discusión, el hombre de 85 años tomó un cuchillo y apuñaló a su mujer de 78 años y luego se auto infligió heridas en diversas partes del cuerpo.⁵⁹

En otros casos, pareciera que el abandono, la pobreza y las enfermedades crónicas llevan a decisiones de suicidio. Si el varón realiza el asesinato (y sobrevive o no un intento de suicidio) quedará registrado como femicidio, aun cuando no responda a violencia de género. Así la muerte de TG, de 82 años y luego el suicidio de su marido HG, 84 años, da cuenta de esa historia: HG redactó dos cartas explicando la tragedia que lo agobiaba: una iba dirigida al juez y la otra a sus hijos H, N, P y T:

Queridos, he tomado una decisión muy dolorosa. Me encuentro realmente enfermo, mi cabeza es un polvorín que parece que va a estallar en cualquier momento. Creo que se debe al quiste que tengo alojado en el cerebro. Si sumamos a esto el hecho de que no puedo caminar ni cincuenta metros, sin que me duelan las piernas y me falte la respiración, estamos frente a un caso de invalidez a corto plazo, lo que me sería imposible de soportar, porque la Ita no tendría quién la atendiera”, tecléo en una antigua máquina de escribir, y luego continuó: “Espero que me comprendan y no me condenen. Me llevo a mi fiel e incondicional compañera de toda la vida. Afortunadamente, ella no se da cuenta de nada, tiene inválida su cabecita, y al igual que yo, no quiere más guerra.

La mujer llevaba más de 12 meses postrada en cama, padecía de una grave infección urinaria y un agresivo Alzheimer. Su esposo había asumido solo su cuidado durante ese tiempo, le daba sus comidas, la bañaba, la peinaba, y le cambiaba los pañales.⁶⁰

Otras muertes dan cuenta de similares relatos: parejas de ancianos uno de los cuales padece Alzheimer y el otro debe enfrentar sus propias enfermedades y envejecimiento sin mayores soportes, gatillan la decisión de uno de ellos de dar muerte al otro. En ese contexto se habría producido la muerte de una mujer de 73 años asesinada por su cónyuge de 74 en San Felipe en 2015. El fiscal informa a la prensa que aparentemente los problemas de salud del varón y de su mujer habría llevado al hombre a tomar la decisión. Él estaba afectado por una trombosis y ella de Alzheimer. En la comunidad se dijo en

59 Biobiochile.cl: “Indagan posible femicidio en Ñuñoa: hombre de 85 años habría acuchillado a su mujer de 78”. 22 de noviembre de 2016.

60 The Clinic.cl: Jorge Rojas, “La historia de Hugo y Teresa”, 10 de mayo de 2013.

que ambos eran personas muy buenas, comprometidas con la comunidad. Entre los vecinos plantearon la hipótesis de que cuando los adultos mayores no tienen a ninguna persona que los cuide, aplicable en este caso, ya que entre ambos se cuidaban, el agravamiento de la enfermedad del varón provoca que este ya no se siente capaz de seguir cuidando a una persona con Alzheimer.⁶¹ Asimismo, si bien los estados depresivos y estados ansiosos no son inherentes al estado de vejez, se asocian a la situación de vulnerabilidad y precariedad material y social de muchos ancianos.⁶²

La situación de las mujeres mayores debe ser problematizada, pues puede responder a las falencias del Estado frente al deber que tiene conforme a la Convención de Derechos de las Personas Mayores.⁶³ Sin perjuicio de lo anterior, también se muestran relatos de crónicas de muertes anunciadas, en que la mujer ha enfrentado años de malos tratos que parecen agudizarse en esta etapa de la vida con parejas violentas.⁶⁴

2.3.2. Las relaciones entre el agresor y la víctima en el femicidio

La Ley 20.480 dispone que el femicidio se produce concurriendo ciertas relaciones de parentesco entre víctima y victimario: el sujeto activo debe ser un hombre que da muerte a la que es o ha sido su cónyuge o conviviente.⁶⁵ El registro de datos –de femicidios consumados de diversas instituciones públicas y privadas– usa diferentes nomenclaturas para indicar el tipo de relación entre el femicida y la víctima, con lo cual los antecedentes difieren.⁶⁶ Ello dificulta una revisión sistemática y consistente de la información pues, en la descripción de la relación, se usa indistintamente los conceptos de cónyuge, conviviente o pareja. Considerando esa salvedad, los Informes del Circuito Intersectorial de

61 *El Aconcagua*: "Aparente suicidio de dos adultos mayores en San Felipe conmueve al valle de Aconcagua", 24 de mayo de 2015.

62 Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, "Envejecimiento y derechos humanos en Chile: las personas mayores maltratadas", en Tomás Vial (ed.), *Informe 2015*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2015, p. 223.

63 Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, publicada en el Diario Oficial el 1º de septiembre de 2017, dispone en su artículo 6º: El derecho a la vida y a la dignidad en la vejez. La Convención entiende como "Abandono: La falta de acción deliberada o no para atender de manera integral las necesidades de una persona mayor que ponga en peligro su vida o su integridad física, psíquica o moral."

64 Femicidio número 48 del Informe de 2010 consigna que un hombre de 87 años acuchilló a su esposa de 90 años. El hombre, quien tenía antecedentes de haber asesinado a su exmujer, cometió el nuevo crimen motivado por los celos al ver a su cónyuge hablando con un vecino. El agresor intentó suicidarse en momentos que fue sorprendido por uno de sus hijos, véase en el Boletín de Femicidios Consumados 2010, op. cit.

65 Se ha discutido judicialmente la existencia de un femicidio cuando quien mata es una mujer a su pareja del sexo femenino, y como se verá se visualiza entre los fallos bajo revisión.

66 Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Informe Temático, op. cit.

Femicidio muestran que entre los años 2010 y 2017, la mayor proporción de mujeres asesinadas en manos de sus parejas estaban casadas y cohabitaban con sus cónyuges; le siguen aquellas que fueron asesinadas por sus convivientes, y en tercer lugar están los exconvivientes y los excónyuges (Tabla 4). Otras categorías registradas en algunos años son “amantes”, “pololos”, “ex pololos”, otra relación sexual o sentimental, “padre de hijos en común”. La importancia de la calificación de las relaciones entre víctima y perpetrador es que define la calificación del delito. Así, podríamos encontrarnos frente a un homicidio o eventualmente ante un parricidio.

Vale recordar que el artículo 390 inciso 2º del Código Penal, que tipifica el femicidio, establece como elemento objetivo del tipo penal la muerte de una mujer por parte de su cónyuge o conviviente. En consecuencia, aplicando la nomenclatura feminista, este tipo de delito sería una hipótesis de femicidio íntimo, que se diferencia de los femicidios en que el perpetrador no es pareja de la víctima. Respecto al elemento subjetivo del tipo penal procede su aplicación cuando el que mata sabe que existe la relación de cónyuges o convivientes.⁶⁷ Por eso en algunos casos la defensa niega la relación de intimidad entre ambos.

Tabla 4
Perpetradores de femicidios consumados por tipo de relación, por año

Tipo de relación/Año	2010	2011	2012 ⁶⁸	2013	2014	2015	2016	2017
Cónyuges	17	10	11	10	15	16	11	9
	35%	25%	32%	25%	38%	36%	32%	21%
Excónyuges	1	-	-	-	0	0	-	2
	2%	-	-	-	-	-	-	5%
Convivientes	13	13	12	21	20	14	12	16
	27%	33%	35%	53%	50%	31%	35%	37%
Exconvivientes	9	13	8	8	1	8	4	9
	18%	33%	24%	20%	3%	18%	12%	21%
Padres de hijo en común	-	-	-	-	-	1	-	-
	0	-	-	-	-	2%	-	-

67 “el que conociendo las relaciones que lo ligan”.

68 Este año resulta especialmente problemático para registrar y sistematizar la información pues el Informe del Circuito Intersectorial de Femicidios de 2012 no entrega números sino solo porcentajes. Por esa razón, fue necesario recurrir al Boletín de Femicidios Consumados anual del SERNAMEG del mismo año, el cual no usa la misma caracterización de las relaciones. La información fue complementada con el registro de femicidios de la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres correspondiente al año 2012, así como a registros de prensa de la época.

Pololos	4	4	1	1	0	2	1	3
	8%	10%	3%	3%	-	4%	3%	7%
Expololos	4	-	2	-	3	1	2	1
	8%	-	6%	-	8%	2%	6%	2%
Amantes	-	-	-	-	1	-	-	-
	-	-	-	-	3%	-	-	-
Cónyuges sin convivencia	-	-	-	-	-	-	1	1
	-	-	-	-	-	-	3%	2%
Otra	1	-	-	-	-	3	3	2
	2%	-	-	-	-	7%	9%	5%
Total	49	40	34	40	40	45	34	43

Fuente: la tabla ha sido construida con datos obtenidos del Informe del Circuito Intersectorial de Femicidio de los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, el Boletín de Femicidios Consumados anuales del SERNAMEG correspondiente a los años 2012 y 2017, complementado con informes de prensa y el registro de femicidios de la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres del año 2012.

3. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Metodología para el análisis de causas de violencia de pareja: delitos de lesiones

Esta investigación se aborda desde un paradigma cualitativo, pues permite una perspectiva interpretativa de los datos, donde la indagación está enfocada en la visión subjetiva, en el cual “su propósito consiste en ‘reconstruir’ la realidad, tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido.”⁶⁹

En este sentido, por un lado, se buscó analizar los datos y relatos de las víctimas y victimarios contenidos en las carpetas investigativas intentando comprender el fenómeno en su complejidad. Se procedió a extraer variables que no fueran evidentes en los análisis cuantitativos. El análisis de las carpetas fue realizado de tal manera de indagar en el proceso investigativo que diera luces sobre factores comunes para el resultado de archivo provisional o decisión de no perseverar (DNP, en adelante).

Este estudio poseerá un carácter exploratorio-descriptivo, en tanto se advierte escasa literatura que analiza los procesos judiciales frente a casos en el marco de la Ley de Violencia Intrafamiliar y por ello viene a llenar vacíos importantes en esta materia.

69 Roberto Hernández, Carlos Fernández y Pilar Baptista, *Metodología de la Investigación*, México, D. F., McGraw-Hill Interamericana, 2003, p. 5.

3.1.2. Muestra y criterios de selección

El universo de estudio corresponde a los casos investigados por el Ministerio Público de delitos de lesiones bajo la Ley 20.066 cuyo resultado haya sido el archivo provisional o decisión de no perseverar, tomada entre los años 2012 y 2016.

El muestreo se realizó en un grupo pre-seleccionado por el Ministerio Público que corresponde a una muestra probabilística aleatoria de carpetas seleccionadas en proporciones representativas regionales y nacionales del total de casos del universo a investigar, cuyo total corresponde a 422 casos distribuidos regionalmente (Tabla 5).

Sin embargo, esta muestra contemplaba diversos tipos de relaciones familiares de las establecidas en el artículo 5° de la Ley 20.066, es decir, parejas, hermano/as, tíos, padres/madres, entre otros, mientras que el foco de nuestra investigación se centró en las relaciones de pareja. Por ello, fue necesario realizar un segundo muestreo para concentrarnos en las relaciones de pareja. Este es de carácter no probabilístico estructural, pues su selección corresponde a ciertos criterios de investigación para observar el fenómeno específico, resguardando la representatividad de todas las regiones del país.

Para la selección de la muestra, se consideraron los siguientes criterios:

- 1. Representatividad regional:** se buscó seleccionar al menos 1 caso por región, asegurando el análisis de casos en las 15 regiones del país. La muestra inicial del MP seleccionó de 3 a 5 casos por región, por lo que la muestra disponible no permitía un criterio de selección más amplio.
- 2. Tipo de víctima:** Se seleccionaron los casos tipificados en VIF cuya víctima fuese una mujer, pero que el delito fuese en el contexto de una relación de pareja excluyéndose toda carpeta que involucrara mujeres en otro tipo de relaciones.

Un problema enfrentando fue la disponibilidad de todas las carpetas para su análisis. Dado el carácter reservado de su información, las carpetas se encontraban bajo custodia del Ministerio Público y en sus dependencias, estas también eran consultadas por otros profesionales para otras investigaciones y trabajos que se realizaban de manera paralela. En virtud de lo anterior, hubo un número de carpetas que no se pudo incorporar y/o descartar si correspondiera. Sin embargo, la pérdida de casos fue escasa como puede advertirse en la Tabla 5 que detalla la muestra seleccionada de la Fiscalía y la muestra de este estudio. En base a estos criterios, la muestra final del estudio fue de 235 carpetas analizadas.

Tabla 5
Muestra por número de carpetas de investigación por Fiscalía Total
Víctimas, Víctimas Mujer y Muestra por Víctima Mujer pareja

Fiscalía	Total	%	Víctimas mujeres	%	Víctimas parejas	%
I	12	2,8	6	2	7*	2,9
II	19	4,5	12	4	12	5,1
III	13	3	10	4	8	3,4
IV	10	2,3	7	3	2	0,8
V	39	9,2	23	8	21	8,9
RM-CN	55	13	36	13	37*	15,7
RM-OCC	32	7,5	26	10	24	10,2
RM-Oriente	47	11,1	34	13	30	12,7
RM-Sur	56	13,2	38	14	37	15,7
VI	24	5,6	18	7	9	3,8
VII	14	3,3	9	3	10*	4,2
VIII	40	9,4	22	8	13	5,5
IX	33	7,8	18	7	14	5,9
X	6	1,4	3	1	3	1,2
XI	3	0,7	1	0,3	1	0,4
XII	3	0,7	1	0,3	1	0,4
XIV	10	2,3	4	1	3	1,2
XV	6	1,4	3	1	3	1,2
Total	422	100	271	100	235	100

*Existe un número mayor al de la muestra del MP en virtud de quien hizo la denuncia de violencia de pareja fue un tercero.⁷⁰

Para la sistematización de la información, se utilizó una matriz de vaciado como instrumento de organización de los datos presentes en las carpetas que permitieran hacer un trabajo analítico, descriptivo y comparativo.

3.2. Muestras complementarias: entrevistas y sentencias de femicidios

Además de lo anterior, y con el fin de complementar la información analizada, se incorporaron al análisis entrevistas semi-estructuradas a tres fiscales de la Región Metropolitana con especialización en los

70 Se trata de la denuncia de una hija, una madre, una tía o una sobrina de la víctima.

casos de violencia de jurisdicciones distintas, tres profesionales del Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género, un profesional de centro de violencia de la mujer administrado por un municipio de una jurisdicción distinta a la de los tres fiscales, dos profesionales de nivel central de los centros de delitos violentos. Las entrevistas contaron con la autorización del Comité de Ética en Investigación de la Facultad de Derecho y los participantes firmaron un consentimiento informado. Las entrevistas permitieron complementar y profundizar la información levantada.

Además, se analizaron las sentencias de femicidio dictadas según el grado de ejecución del delito (consumado, frustrado y tentado), en tribunales de garantía y de juicio oral durante 2017. Todas las sentencias fueron proporcionadas por el Ministerio Público. Se analizó un total de 48 fallos, de los cuales 10 corresponden a acusaciones por femicidio consumado, 34 a frustrado, 3 delitos tentados de femicidio y un parricidio.

Se trata de sentencias dictadas en delito de femicidio en 2017 independiente de su año de ingreso, cuyo análisis no es comparativo metodológicamente a la muestra de causas por lesiones, pues solo se revisaron los elementos fácticos de los casos, las características de las víctimas e imputados y no los procesos de investigación del Ministerio Público de las carpetas. Sin embargo, se consideró pertinente mirar los casos relativos a femicidio a fin de identificar algunos patrones comunes que pudieran estar en ambos casos, la reiteración de agresiones y otros elementos que den luces para comprender de mejor manera el fenómeno de la violencia de género en contexto de pareja a fin de establecer los obstáculos del sistema penal para investigar y sancionar. Con el propósito de realizar un estudio que revise en forma sistemática estos casos se requeriría en análisis futuros recabar la información de las carpetas investigativas de los ingresos de estos delitos.

4. ANÁLISIS DE CAUSAS DE VIOLENCIA DE PAREJA (LEY 20.066): LOS DELITOS DE LESIONES (ARCHIVADOS O CON DNP)

4.1. Características de víctimas y victimarios

4.1.1. Relación víctima/victimario

El registro de los casos muestra que la mayoría de los agresores son personas que son o han sido convivientes con la víctima (66,5%), le sigue en importancia las personas que están o estaban casadas (24,0%). En un tercer grupo minoritario se encuentran aquellas mujeres cuyas parejas eran pololos o expololos, tal como aparece en la Tabla 6.

Analizados los casos por femicidio consumado (Tabla 4), sigue siendo la convivencia y no de los cónyuges la relación prevalente entre víctima y victimario, aunque ello sigue el patrón cultural de baja nupcialidad en Chile.

Tabla 6
Número de casos y porcentaje de tipo de vínculo entre víctima y victimario

Vínculo	Número de casos	%
Conviviente	101	42,9
Cónyuge	52	22,1
Exconviviente	58	24,6
Excónyuge	6	2,5
Expareja	15	6,3
Pareja	3	1,2
Total	235	100

Fuente: Elaboración propia

La condición de pareja o ex pareja en los casos de la normativa de violencia intrafamiliar es aplicable cuando pese a no tener cohabitación las partes tienen hijos en común, encuadrándose en la hipótesis del art. 5 de la Ley 20.066. Cuatro situaciones estarían bajo las relaciones de pololeo, es decir, parejas o convivientes y por ello están tramitadas bajo la ley en atención a la calificación de eventual cohabitación.

4.2.2. Edad de la víctima y denunciado

Las edades de víctimas y victimarios se distribuyen a lo largo de todo el ciclo vital (ver Tabla 7). El 71% de las mujeres tiene menos de 37 años, una proporción menor en los hombres, 58%. Se observa, al igual que en los casos de femicidio, mujeres y hombres en ambos extremos de los tramos etarios, menores de 19 años y mayores de 74 años. Este dato debe ser analizado por las implicancias para las políticas públicas, por un lado la labor de prevención por la existencia de patrones de violencia entre adolescentes varones que tempranamente agreden a sus parejas adolescentes. Por otro, la existencia de violencia denunciada en mujeres mayores o de la cuarta edad. Cuando estas mujeres realizan una denuncia de un hecho, usualmente este no constituye un episodio aislado, aunque sea la primera denuncia, por lo tanto, el hecho debiera ser evaluado bajo un historial de violencia que han experimentado a lo largo de su vida. Al igual que en los casos de femicidio, también se observan denuncias contra hombres mayores con problemas de demencia senil en que la violencia es en contra de sus

parejas ha ido en aumento. Destaca el caso de una mujer mayor quien denuncia y solicita protección y la internación en una casa de reposo de su cónyuge. La causa es archivada porque no se realiza la pericia ante el Servicio Médico Legal.

Tabla 7
Número de casos, por rango de edades víctima y victimario

Rango de edad	Víctima		Victimario	
	N° casos	%	N° casos	%
14 - 19 años	13	5,5	6	2,5
20 - 25 años	60	25,5	37	15,7
26 - 31 años	55	23,4	46	19,5
32 - 37 años	39	16,6	48	20,4
38 - 43 años	26	11,0	33	14,0
44 - 49 años	23	9,7	27	11,4
50 - 57 años	10	4,2	13	5,5
58 - 65 años	4	1,7	9	3,8
66 - 73 años	1	0,4	1	0,4
74 - 90 años	2	0,8	2	0,8
S/I	2	0,8	13	5,5
Total	235	100	235	100

Fuente: *Elaboración propia*

4.2.3. Escolaridad de la víctima y denunciado

La escolaridad de las denunciantes y denunciados es distinta (Tabla 8). Más de la mitad de las mujeres reportan estudios medios completos (55,32%) a diferencia de los varones que no alcanzan el 40%, hay 12% de mujeres con estudios superiores (que incluye un 1,7% estudios técnico-profesionales) mientras que entre los hombres ese porcentaje no alcanza a más de un 6%. Cabe hacer notar que hay menos antecedentes sobre su escolaridad entre denunciados (un 11,4%) a diferencia de denunciantes (casi un 38%).⁷¹

71 Ello se produce por la existencia de instrumentos como el parte policial que consigna una serie de datos de los denunciantes y escasamente se tendrá esa información respecto de los denunciados.

Tabla 8
Nivel de escolaridad víctima y victimario

Escolaridad	Víctima		Victimario	
	Número de casos	%	Número de casos	%
Analfabeto	1	0,4	-	-
Básica completa	38	16,1	36	15,3
Básica incompleta	2	0,8	1	0,4
Estudios superiores	23	9,7	10	4,2
Media completa	130	55,3	93	39,5
Media incompleta	10	4,2	2	0,8
Técnica completa	4	1,7	4	1,7
No especificado	27	11,4	89	37,8
Total	235	100	235	100

Fuente: Elaboración propia

4.2.4. La existencia de riesgo conforme a la pauta VIF

La Ley 20.066 establece la obligación legal de evaluar los riesgos en que se encuentra una víctima. Esta obligación pesa sobre todos los agentes del Estado, y en particular las policías, fiscales y jueces. Los primeros son los que dan la atención más temprana a la denuncia, y luego los fiscales que ordenan las diligencias preliminares, incluyendo la adopción de medidas de protección e inician la investigación. Los jueces son los que deben autorizar las medidas cautelares a favor de las víctimas que fiscales solicitan habiendo presentado los antecedentes del caso. Es decir, la protección de una víctima no depende de un tipo de agente del Estado, sino que responde a las actuaciones de diversos funcionarios que se van uniendo en una cadena. La falencia de unos puede, y de hecho ocurre, acrecentar el riesgo de futuras agresiones.

Como se dijo, las carpetas de investigación analizadas corresponden a un período anterior a la adopción de la pauta común o unificada de evaluación de riesgo que se implementa desde 2016. Cada institución contaba con su propio instrumento, pero en algunos de los casos analizados no había una, pues la denuncia se realizó ante la Policía de Investigaciones. No obstante, pudimos advertir en un caso que los policías tenían conocimientos sobre la materia, pues indicaron en la parte superior del parte policial anotando en mayúsculas “riesgo vital” para comunicar al fiscal su evaluación sobre el riesgo en que se encontraba la víctima.

La pauta de riesgo contiene una serie de preguntas, 73, que desglosaremos a continuación. Una de ellas es la dependencia económica de la víctima. Un poco más de un tercio (36,1%) señaló que era dependiente, un 54,8% respondió negativamente y casi en un 9% esa pregunta no fue contestada. Las respuestas registradas y la pregunta propiamente

tal debe ser, a nuestro juicio, problematizada. Si bien las mujeres pueden estar insertas en el mercado de trabajo remunerado y formal, y más de la mitad responde negativamente a la pregunta de dependencia económica, ya que cuentan con fuentes propias de ingresos, ello no significa auto sustentabilidad. La existencia de hijos y la sobrevivencia familiar depende, en buena parte de las veces, de ambos ingresos, y/o que los padres de los hijos/as paguen o aporten para su manutención. Uno de los problemas que afectan a las mujeres es la disputa por la pensión de alimentos cuando se encuentran separadas, ya que es materia constante de conflicto.⁷² Y como lo demuestra el estudio de Paz Pérez, el cumplimiento y ejecución de las mismas es extraordinariamente difícil.⁷³ Así, la dependencia económica puede y se convierte en un nuevo aliciente a abandonar la persecución penal, buscar la reconciliación y, como veremos, evitar más conflictos renunciando a la posible sanción penal por el pago de la pensión de alimentos.

La pauta de riesgo considera una serie de preguntas a la víctima sobre incidentes anteriores de agresiones, la existencia de amenazas de muerte, la utilización de armas, o el consumo problemático de alcohol o drogas por parte del denunciado. Un 47% responde que antes de la denuncia hubo amenaza de muerte y un 45% responde negativamente. Se interroga si el imputado utilizó respecto de la denuncia bajo investigación un arma en su contra, un poco más de un 21% lo hizo, y un 8,1% fue con un arma de fuego (Tabla 9).

Tabla 9

Respuesta	Utilizó un arma contra usted		Existencia o acceso a arma de fuego		Hubo amenaza de muerte	
	Nº de casos	%	Nº de casos	%	Nº de casos	%
Sí	50	21,2	20	8,1	111	47,2
No	163	69,3	192	81,7	105	44,6
S/I	22	9,3	23	9,7	19	8,0
Total	235	100	235	Total	235	100

Fuente: *Elaboración propia*

En el mismo sentido, se le pregunta si hubo amenazas previas con arma, y un poco más de una cuarta parte indica que sí (Tabla 10).

72 Al igual que la discusión por mantener el contacto regular con los hijo/as.

73 En ella la autora señala por ejemplo, la necesidad de obtener el pago de una deuda por cerca de \$6 millones de una pensión mensual de \$64,000, es decir, un caso en que se demandó por años de mora. Paz Pérez Ahumada, "Prácticas de ejecución de alimentos de infantes y derecho internacional de los derechos humanos", *Tesis para optar al Grado de Magíster de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, enero de 2018, Universidad Diego Portales (La tesis se encuentra en manos de Lidia Casas).

También, se pregunta a las víctimas por la existencia de antecedentes psicológicos o psiquiátricos del agresor que denoten personalidad violenta (27% responde que sí). Es decir, si bien hay imputados que, *prima facie*, tienen antecedentes de tener personalidad violenta, ellos no son la mayoría.

Tabla 10
Víctima ha recibido amenazas con arma y agresor cuenta con antecedentes de personalidad violenta

Respuesta	Agresor tiene antecedentes psicológicos y/o psiquiátricos que denoten personalidad violenta		Amenazada con arma de fuego/blanca anteriormente	
	N° de casos	%	N° de casos	%
Sí	65	27,6	67	28,5
No	149	63,4	145	61,7
S/I	21	8,9	23	9,7
Total	235	100	235	100

Fuente: Elaboración propia

Un dato de relevancia es el alto consumo problemático de alcohol y drogas (64,2% de los casos), y que las agresiones se producen cuando hay consumo (59,2%), Tabla 11. En este sentido, la incidencia de consumo problemático de alcohol y drogas es similar a las características de los femicidas, como se verá más adelante, aun cuando en los casos de lesiones los imputados tengan mayores niveles de escolaridad.

Tabla 11
Consumo problemático de alcohol y drogas del imputado y maltrato cuando consume

Respuesta	Consumo problemático de alcohol o drogas		Agresor maltrata cuando consume alcohol	
	N°	%	N°	%
Sí	151	64,2	139	59,2
No	70	29,7	76	32,3
S/I	14	5,9	20	8,5
Total	235	100	235	100

Fuente: Elaboración propia

De las mujeres que declararon que el victimario tiene consumo problemático de alcohol o drogas (151), el 84,7% declara que se las agrede cuando se consume alcohol o drogas, lo cual representa una relación alta que debe ser observada con detenimiento (Tabla 12).

Tabla 12**Agresor tiene consumo problemático del alcohol/drogas y agrede cuando consume alcohol/drogas**

Respuesta	N° de casos	%
Sí	128	84,7
No	19	12,5
S/I	4	2,6
Total	151	100

Fuente: Elaboración propia

4.2.5 Una historia de violencia y el perfil de los imputados: del alto compromiso delictual al primerizo en materia de violencia de pareja

La información de las carpetas indica que solo en el 21% de los casos había precedido una medida cautelar, y no las había en el 64,6%, en tanto en un 14% no había información (ver Tabla 13). Los datos son concordantes con el hecho que en un 21% de los casos había antecedentes por procesos previos (14%) y con condenas solo en materia de violencia doméstica (6,8%).

En un análisis más en detalle de los perfiles de los casos y los imputados podemos distinguir cuatro grandes grupos que caracterizamos, para efectos metodológicos, como: 1. el “delincuente profesional”; 2. el que hace carrera para convertirse en “delincuente profesional”; 3. el agresor contumaz, cuyos únicos antecedentes son por violencia doméstica, y 4. el agresor “primerizo” o de evento único para el sistema de justicia de familia o penal. Esta distinción permite un marco de análisis más provechoso en términos de las medidas que debe adoptar la Fiscalía, las complejidades en el tratamiento de los casos, y la situación de mayor o menor riesgo en que se encuentra una víctima. Es importante destacar que son significativas las palabras usadas para caracterizar a los imputados. Culturalmente –ni social ni administrativamente– los operadores del sistema de justicia no utilizan nomenclaturas propias de la delincuencia para referirse a personas que tienen múltiples sanciones por violencia intrafamiliar, o violencia de pareja.

Tabla 13**Antecedentes del imputado en la comisión de otros delitos y delitos asociados a violencia de pareja (Ley 20.066)**

	N°	%
Sin antecedentes previos	111	47,2
Solo antecedentes previos VIF	34	14,4
Con condenas en VIF	16	6,8
Solo condenas	8	
Condenas y antecedentes VIF	8	

Antecedentes penales no VIF	41	17,4
Y condena VIF	8	
Y antecedentes VIF	17	
Nada en VIF	16	
Condena no VIF	33	14,0
Y condena VIF	11	
Y antecedentes VIF	5	
Sin antecedentes en VIF	17	
Total	235	100

Fuente: Elaboración propia

Como se observa, aquellas personas que son “primerizas” para el sistema penal alcanzan cerca de la mitad (47%), y hay un 21% de agresores contumaces, es decir, aquellos que pese a la intervención penal continúan agrediendo a su pareja. Casi un tercio de los imputados tiene condenas y antecedentes por delitos distintos de los de VIF, de los cuales 31 (13%) imputados no aparecían con ninguna denuncia previa en materia de violencia doméstica. Es decir, son personas conocidas por el sistema penal por otros ilícitos, pero que respecto a la violencia en contra de sus parejas son “primerizos”. Es dable suponer, que existe una historia de violencia y que por primera vez una mujer lo visibiliza.

El denominado “agresor delincuente profesional” es un sujeto que tiene condenas o procesos por distintos tipos de delitos como homicidio, tráfico de drogas, robos, porte ilegal de armas, hurtos, lesiones y amenazas, entre otros. Como aparece en algunos expedientes, las parejas de estos hombres denuncian por golpes, cortes, o fracturas, que se reiteran a lo largo de la convivencia y, en algunos casos, se espacian conforme el imputado se encuentra o no privado de libertad por delitos comunes. Estos son imputados altamente peligrosos para sus víctimas, indistintamente que lo sean o no bajo la consideración de “peligro para la sociedad”, conforme a ciertos cánones de interpretación que hacen los operadores para el otorgamiento o no de medidas cautelares en su contra. La diferencia significativa entre el riesgo para la sociedad en su conjunto y para la pareja, es que para esta última representa un peligro concreto y no imaginario la persona con quien mantiene una convivencia o relación estable, cuestión a la que la norma del artículo 140 del Código Procesal Penal letra c) se refiere aludiendo “que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad

de la sociedad o *del ofendido*”.⁷⁴ A estos antecedentes debe considerarse el consumo problemático de alcohol y drogas que aumenta el riesgo para la víctima.

El segundo grupo es el agresor con “carrera a la delincuencia profesional”. Este tipo de sujeto tiene antecedentes, sin condena, por lesiones a otras personas y por delitos de amenazas de muerte usando arma, e incluso ha sido condenado bajo la Ley 20.066, en que la víctima es la actual del proceso u otra persona distinta. Esta categoría, al igual que el delincuente profesional, es de alta peligrosidad para personas determinadas, sus parejas y eventualmente sus hijos. La existencia de riesgo, y el miedo de una víctima ante estos dos tipos de imputados, el delincuente profesional o el en vías de serlo, es real, no imaginario, pues la víctima conoce a su pareja y sabe lo que es capaz de hacer. Las víctimas saben que las palabras, como amenazas, pueden conducir a agresiones muy concretas. Esto tiene consecuencias específicas para las víctimas ya que se encuentran sometidas a presiones mayores aún para abandonar el procedimiento de denuncia.

Al tercer grupo lo llamaremos “agresor contumaz”. Estas son personas que ingresan al sistema de justicia penal luego de haber también transitado por denuncias en tribunales de familia llegando a sede penal. Se trata de un “ciudadano común” que usa la violencia en contra de su pareja, sin tener ningún otro antecedente. Algunas de las situaciones de violencia se relacionan, en algunos casos, con la existencia de conflictos entre denunciante y denunciado por no pago de pensión de alimentos, la regulación del contacto regular con los/as hijos/as, o el cuidado de ellos, y la no aceptación del quiebre de la relación. El grupo del agresor contumaz podría subdividirse en una categoría adicional, a saber, el agresor ocasional, ya que al contumaz se lo distingue nada más que por la periodicidad de las agresiones que ejerce en contra de la víctima, o bien, por las denuncias que esta realiza a la policía.

Un caso llamativo es la de un imputado que posee 10 causas anteriores por lesiones y amenazas bajo la Ley 20.066 contra la misma víctima entre los años 2007 y 2009. Estando todas terminadas, en ninguna se especifica el motivo de término, y cinco finalizan con suspensión condicional de procedimiento con la condición de hacer abandono del hogar común.⁷⁵ Hay otra carpeta en que un imputado tiene 11 procesos previos con la misma víctima.⁷⁶

74 Añade la norma en el inciso final “se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquel, o en contra de su familia o de sus bienes.”

75 RUC 100xxx9-3

76 RUC 140xxx7-6

En último lugar aparece el agresor primerizo, o de evento único, es decir, aquel que no tienen antecedentes en el registro histórico del Ministerio Público o de denuncias en Tribunales de Familia. Desde el punto de vista del sistema, su caso sería el primero en ser denunciado. Como se dijo, aquí está el grueso de los casos.

4.2.6. Las actuaciones de la Fiscalía y la protección a la víctima

La evaluación de riesgo constituye un momento relevante para determinar los tipos de medidas que la Fiscalía puede tomar, ya sea de protección que adopta sin intervención judicial y sin la restricción a los derechos de los denunciados, y las medidas cautelares, que requieren de la intervención judicial. Sin embargo, para su eficacia es necesario que hayan sido notificadas al imputado, ya que sin esa notificación no se configuraría el delito de desacato por el incumplimiento de la medida de protección o la cautelar.

Las carpetas muestran que en un caso puede haber más de una medida, sea de protección o cautelar (Tabla 14). En las 235 carpetas se observan que se adoptaron 341 medidas, pero en realidad estas correspondían a 224 casos. Las medidas de protección más comunes son la ronda periódica que realiza carabineros (36%), y le sigue la teleasistencia o atención telefónica prioritaria. Asimismo, se registran 8 casos en que se derivó a la denunciante a casas de acogida, pero 4 víctimas la rechazaron. Se registra también un caso en que la víctima hace abandono del hogar común, siendo ayudada por carabineros a sacar sus efectos personales.

Las rondas periódicas son comentadas –por los entrevistados (fiscales y profesional de Centro de la Mujer) de distintas jurisdicciones de la Región Metropolitana– como medidas engañosas. Como relatan, en algunas reparticiones Carabineros concurre una vez a la semana y hace firmar a la víctima la semana corrida. Un fiscal señaló que la situación ha sido tan grave que ha señalado a los carabineros que si algo le ocurre a la víctima será de exclusiva responsabilidad de la unidad policial y sus funcionarios. El entrevistado, estima, que los cambios de conducta de Carabineros de cumplir las rondas periódicas, no responden necesariamente a un compromiso con las víctimas sino de autoprotección por la responsabilidad funcionaria.

Entre las medidas cautelares hay mayor variedad, siendo la más usada la prohibición de acercamiento del imputado a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo o estudio y la salida del hogar común. En tres casos vistos hay aplicación de la prisión preventiva, en otros cuatro arresto domiciliario, concurrir a firmar y prohibición de porte de arma. Llama la atención que hay 5 casos de derivación a terapia, una medida que se aproxima más bien a una que se impondría en una suspensión condicional del procedimiento. Ella pudiera ser pertinente si

el imputado ya se encontraba en un programa terapéutico (de alcohol o drogas) y lo que se busca es su adherencia.

Tabla 14
Tipos de medidas de protección y cautelares decretadas

Medida	N°	%
Medida de protección		
Atención telefónica prioritaria / teleasistencia	105	30,7
Rondas periódicas	124	36,3
Casa de acogida (aceptada)	4	1,17
Casa de acogida (rechazada)	4	1,17
Abandono hogar común (víctima)	1	0,2
Medida cautelar		
Prohibición de acercamiento	52	15,2
Abandono hogar común	25	7,3
Prohibición de porte de arma	5	1,4
Terapia	5	1,4
Firma	6	1,7
Arraigo nacional	3	0,8
Arresto domiciliario	4	1,1
Prisión preventiva	3	0,8
Total	341	100

Fuente: Elaboración propia

Además de la derivación a una casa de acogida como medida de protección, la policía y la fiscalía, preguntan a las víctimas si desean ser derivadas a los centros de la mujer del SERNAMEG.

Al respecto, la información registrada muestra un alto porcentaje de “no responde”, casi un 40%, (Tabla 15), por lo cual solo podemos plantear algunas hipótesis. Esto puede significar que a las denunciadas no les hicieron la pregunta, o que habiéndoselas formulado no fueron respondidas. A este grupo se suman las carpetas que no tienen información sobre este punto: entre ambas categorías alcanzan al 46%.

Tabla 15
Víctima desea ser derivada a SERNAM

Respuesta	N°	%
Sí	81	34,4
No	45	19,1
No responde	93	39,5
Sin información	16	6,8
Total	235	100

Fuente: Elaboración propia

El rol de la policía en la protección de las víctimas y en la eficacia de las medidas de protección y cautelares es crucial. Una jueza de jurisdicción común relató a la investigadora principal, en discusión preliminar de estos resultados, que la policía se queja de no tener suficiente personal, pero sus respuestas son desconcertantes porque no aplican el sentido común cuando las víctimas están en claro riesgo. Relató que durante 2018, a una mujer que tenía una medida de atención telefónica prioritaria y que llamaba porque el imputado se encontraba fuera de su casa, Carabineros la conminó a llegar hasta la comisaría para denunciar la situación, pues no tenía vehículo disponible; la mujer se negó rotundamente y después acudió al tribunal a quejarse por la actuación de la policía. La jueza tuvo una reunión con carabineros de la comisaría respecto de la respuesta deficiente y carente de lógica.

La salida del hogar común en algunos casos es asegurada con la intervención de la policía. Un fiscal recordó uno de los hechos más crudos cuando la policía desobedeció la orden judicial de salida inmediata del hogar común otorgándole mayor tiempo al imputado. Entre la orden y el nuevo plazo, el hombre mató a los dos hijos quemando la casa, habiéndola cerrado de manera previa para impedir que pudieran ser rescatados. Este es un caso de castigo femicida, es decir, en que no se mata a la mujer, sino a los hijos u otras personas significativas para ella.

Estas situaciones perfilan claros incumplimientos, no solo de funcionarios para hacer practicar órdenes judiciales o del Ministerio Público, sino también, falta de diligencia para proteger a las víctimas conforme a estándares internacionales de derechos humanos.

4.3. Las dificultades para perseguir: los imputados no habidos

Uno de los problemas más graves que salta a la vista de la revisión de las carpetas es la imposibilidad de notificar a los imputados de los procesos respecto de los cuales se les investiga. De 235 carpetas el 83,4% no fue habido, esto significa que solo en un 16,6% es posible

continuar con el procedimiento. De aquellos que son notificados, cerca de la mitad, 20, fueron detenidos y por ello notificados, pues la mayoría estaba en situación de flagrancia.

La persecución penal en casos de VCM tiene diferencias importantes respecto de otros delitos. El imputado es conocido, lo que no sucede en otros delitos, por ende, sus domicilios también serían conocidos. Son personas que, en la mayoría de los casos, tienen rutinas y están insertas en el mercado laboral, por lo tanto, son ubicables. Para seguir adelante con el proceso depende de dos factores, por una parte de las diligencias que ordene la Fiscalía, y por otra, la colaboración eficaz de las policías para encontrar al denunciado. En 82 de 235 casos (un tercio) no hay ni una sola solicitud de diligencia para encontrar al denunciado, aunque aparecen algunas actuaciones de Carabineros.

En algunos casos se observa en la carpeta la solicitud de diligencias para buscar y notificar, pero estas no producen información que ayude a la ubicación de denunciados/imputados. Se ha observado la búsqueda rutinaria de personal de Carabineros en los mismos horarios en que no se ha encontrado al imputado, por ejemplo, se toma nota que se realiza entre las 10.00 horas y el mediodía, en consecuencia, si el imputado trabaja no habrá posibilidad de obtener resultados. Hay situaciones paradójicas, como notificarlo en el domicilio en cual ha mediado la orden de salida del hogar común. Otras que se repiten en casa de parientes, en especial de la familia de origen preguntándole a la madre del imputado, diligencia que, razonablemente, no producirá mayores resultados. Es fácil comprender que parientes como la madre o el padre de un denunciado no entreguen información sobre el paradero del hijo, pues la familia tendrá la inclinación a proteger a hijos denunciados, en especial a las madres en razón de los procesos de socialización de género.

Se observan rutinas de rastreo como si fueran rituales, sin una búsqueda inteligente. A ello se suma que, luego de efectuada la diligencia de búsqueda del imputado, los funcionarios policiales deben informar a la Fiscalía del éxito o fracaso en la realización de la misma. Dichos informes suelen ser, como se ha observado, sumamente escuetos, sin que se expliciten mayores detalles acerca de las condiciones en las que se llevó a cabo, las razones por las cuales el imputado no fue habido, o los esfuerzos desplegados por las fuerzas policiales a fin de ubicarlo. Estas rutinas no cumplen con un actuar diligente para asegurar la comparecencia de un denunciado. En este sentido, el transcurso del tiempo entre órdenes infructuosas de notificación y los informes escuetos que se remiten a la fiscalía, constituyen condiciones que llevarán irremediablemente al cierre del proceso.

Una fiscal de la RM señaló que no existe un protocolo institucional sobre búsqueda de personas, y que solo se dan las instrucciones a

las policías para realizar las indagaciones. Con el propósito de reducir el problema, ella afirma que ha ideado una suerte de protocolo, pues a su juicio, las personas no desaparecen, y a través de distintas fuentes de información, como el Registro Electoral, FONASA u otro permite encontrar datos de las personas que se buscan. Otra fiscal tiene como práctica la notificación en el domicilio que el denunciado haya señalado, por lo cual su no comparecencia permitirá una citación bajo apremio.

Si hay actuaciones rutinarias, también otras carpetas investigativas destacan por una búsqueda activa con diligencias solicitadas a la PDI cuando no hay resultados de la búsqueda con Carabineros. Si bien estos informes son más completos, demoran mucho tiempo en su evacuación y, en ocasiones, logran obtener nuevos domicilios que están fuera de la jurisdicción de la brigada que recibe las instrucciones. En otros casos, vuelve a la Fiscalía la que debe emitir una nueva orden a otra brigada policial. En algunos casos la información llega cuando la Fiscalía ya ha cerrado el caso, ya sea porque la víctima se desiste o por haberse vencido el plazo de investigación fijado por el tribunal. Son pocos los casos con orden de búsqueda (8), pero no se logra dilucidar con los datos existentes en la carpeta cuales son las actuaciones de la Fiscalía. En otros si bien no se expresan, aparecen las actuaciones de Carabineros como la toma de declaración a la víctima, a los testigos e incluso a los imputados.

Así, hay una diversidad de actuaciones desde la Fiscalía. Se hace evidente, en algunos casos, los innumerables esfuerzos que ella hace para ubicar al imputado, y en ocasiones también a la víctima cuando ha transcurrido mucho tiempo para reactivar el proceso. Entre las actuaciones diligentes se constata los oficios al Registro Civil, el empadronamiento y entrevista a los vecinos y personas del sector, mantener comunicación constante con la víctima y establecer contacto con familiares del imputado. Pese a ello, no se logra la notificación.

Todos los entrevistados apuntan a que el tiempo empleado en la investigación es parte de la esencia en estos casos. La defensa cuenta con el hecho de que entre más tiempo transcurra desde la denuncia, hay mayor probabilidad de que una mujer ya no desee seguir adelante con una acusación.

Es posible colegir que si no hay antecedentes en la carpeta es porque quien tuvo a su cargo la investigación “no movió” su investigación. Es como si se tratase de la antigua versión de la práctica profesional de futuros abogados/as cuando la carpeta que tienen a su cargo no registra movimiento alguno y ello se produce porque nadie parece haber hecho nada.

La imposibilidad de ubicación y notificación del denunciado tiene como efecto principal la frustración en la continuidad del proceso.

Cuando la búsqueda es solo un ritual, ya sea porque la policía no hace su trabajo adecuadamente, o porque no hay instrucciones específicas de la Fiscalía o, si las hay, estas carecen de un sentido estratégico, se produce una profecía auto cumplida. El caso se cerrará porque no se pudo encontrar al denunciado, la denuncia resulta ineficaz para investigar y sancionar y va creando en la víctima una sensación de impunidad e ineficacia de la intervención judicial. Todo ello vulnera el derecho de las víctimas al acceso a la justicia. Al respecto, se desconoce si los mismos problemas se detectan en los procesos radicados en tribunales de familia, una línea interesante para futuras investigaciones.

4.4. Las motivaciones detrás de la decisión de archivo y cierre por decisión de no perseverar

El 46,3% de los casos terminaron por archivo, el 49,3% por decisión de no perseverar, y solo en un 4,9% no había información en la carpeta que permitiera cierta claridad respecto del término aplicado (Tabla 16). Del total de carpetas, en un 38% la víctima se desiste, es decir, señala expresamente a la Fiscalía y queda consignada su voluntad de no seguir adelante con el proceso. En un 13,1% no colabora con la Fiscalía y, si se suma a las denunciantes que se retractan, es decir, que declaran que su denuncia fue falsa (6,8%), alcanzan más de la mitad de los procesos. La desaparición de la víctima no tiene una lectura inequívoca, pues, en algunos expedientes está asociada con información de cambio de ciudad o incluso de región. Se aprecia en algunas carpetas que las mujeres adoptan medidas de auto-cuidado. Una de ellas constituye el cambio de ciudad de la víctima respecto de su agresor, lo cual nos lleva a pensar sobre la distancia geográfica que pone la víctima, alejándose físicamente de quien la maltrata. En un caso la víctima señala que no desea entregar la información de su nuevo domicilio a la Fiscalía, porque no desea que el imputado pueda encontrarla.

Tabla 16
Motivación de cierre expresado en la carpeta

	N	%
Desistimiento de la víctima	89	37,8
No cooperación de la víctima	31	13,1
Desaparición de la víctima	26	11,0
Retractación de la víctima	16	6,8
Acuerdo víctima-imputado	1	0,4
Contradicción declaraciones	15	6,3
Desaparición imputado	12	5,1

No comparece el imputado	2	0,8
No hay lesiones	3	1,2
Decisión sin fundamentos evidentes	2	0,8
Agrupada a otra causa	1	0,4
Imputado adulto mayor	1	0,4
Derivación a Tribunales de Familia	1	0,4
No hay registro de motivación	35	14,8
Total	235	100

Fuente: Elaboración propia

Desde el punto de vista de la debida diligencia, es preocupante que en un 14,8% de las carpetas no se pueda establecer a partir de los datos las razones que tuvo a la vista la Fiscalía para terminar el caso. Respecto del único caso que aparece como imputado el adulto mayor, no es posible saber si la Fiscalía consideró si era o no imputable por sus actos o no se encontraba en condiciones de asumir un proceso penal por otras consideraciones.

Como señalamos, en el 84% de los casos los imputados no son habidos, la pregunta es si la motivación del cierre sigue la misma tendencia cuando el imputado ha sido notificado (Tabla 17).

De los 39 casos en que el imputado es habido, en 15 la víctima se desiste de la denuncia (38,4%) en una proporción un poco mayor a la observada en todas las carpetas, en 5 no coopera con la investigación, en un porcentaje igualmente cercano y respecto de la retractación el porcentaje es menor. En lo medular, en casi dos tercios la víctima tiene un rol central en el cierre del caso (Tabla 17). En un tercio de estos casos, 13, un número relevante en estas pocas causas, pero en menos del 6% de las carpetas hay contradicción en las declaraciones, por lo cual se podría argumentar que la denuncia no se sostiene. El reducido número de denuncias en que aparece una contradicción o declaración de que los hechos no habían ocurrido es relevante habida consideración de los estereotipos existentes sobre las víctimas que denunciarían por venganza, y la magnitud del número de denuncias infundadas. Cuando hay contradicción entre las partes, a diferencia de la retractación, la víctima desea la persecución penal.

Tabla 17
Motivación de Cierre con imputado habido y razones expresadas en la carpeta

Razones expresadas para el cierre	N	%
Desistimiento víctima	15	38,4%
No cooperación víctima	5	12,8%
Desaparición víctima	1	2,5%
Retractación víctima	4	10,2%
Acuerdo víctima	1	2,5%
Contradicción declaraciones	13	33,3%
Total	39	100%

Fuente: Elaboración propia

4.5. No deseo seguir adelante: las razones para el desistimiento de la víctima

Uno de los principales obstáculos que se menciona en la literatura sobre la persecución de los delitos en el marco de violencia de pareja es la conducta ambivalente de la víctima. La literatura se refiere a la retractación de la víctima,⁷⁷ pero lo que se denomina retractación involucra distintas conductas. Algunas de ellas son: 1. Que cambia la versión de los hechos: “no es efectivo lo que se dijo”; 2. que sin cambiar el tenor de su denuncia no desea perseverar en ella y la investigación penal y 3. que la víctima no acude a las citaciones de la Fiscalía o no comparece al tribunal, tratándose de una especie de desistimiento implícito.

Las motivaciones para no seguir adelante con una investigación son muy variadas, y no responden solo a la idea preconcebida de que las víctimas reanudan su relación con sus victimarios. Un primer grupo responde al modelo que expresa que “ha perdonado a su agresor”, que el agresor “le ha prometido que cambiará”, “que han reanudado la relación porque quiere a su pareja”, que “es el padre de sus hijos”: el grupo conformado por quienes perdonan constituye el 16% de los casos. Estas víctimas no cambian la versión de los hechos, quieren darle otra oportunidad, y no desean llegar a un juzgamiento. Podemos ver también (Tabla 18) que las mujeres no solo están dispuestas a darle una oportunidad a la relación, sino tampoco desean que la investigación signifique que el imputado vaya a la cárcel o que de alguna forma salga

77 Por ejemplo, Sandra Torres, “Aproximación al fenómeno de la retractación en las causas de violencia intrafamiliar”, *Revista de Derecho*, Vol. XXVI, No 1, julio 2013, pp. 167-180; María José Taladriz, María Angélica San Martín y Roberto Rodríguez Manríquez, “La retractación en materia de violencia intrafamiliar y su efecto en el sistema procesal penal”, *Revista del Ministerio Público* No 39, 2009, pp. 223-243; Navaí Valdivia, “Debilidades de la justicia penal en delitos VIF de menor entidad”, *Nova Criminis* vol. 9, No 14, 2017, pp. 317-321.

dañado, o también refieren el efecto que tiene la persecución penal en los hijos. En un caso, la mujer se desiste porque él ha tenido un accidente y lo visita al hospital y, en otro, porque por orden del Tribunal de Familia están asistiendo a terapia.

En un segundo grupo, la denunciante expresa que no desea continuar porque finalmente se ha separado o divorciado, no ha vuelto a tener más contacto con su expareja, y no ha recibido nuevas agresiones, por lo cual no tiene interés en seguir adelante. Ambas razones sumadas alcanzan a una cuarta parte de las causas desistidas. Se podría concluir que el inicio del proceso, más allá de si el archivo es un término satisfactorio para la gestión del sistema, para este grupo de mujeres cumple uno de los objetivos que persiguen las víctimas, cual es que la violencia se detenga.

Tabla 18
Motivaciones registradas en caso de desistimiento de la víctima

Motivo	N°	%
Volvió/mantiene la relación con el imputado	18	15,9
Porque no desea que el imputado vaya a la cárcel/hacerle daño	9	7,9
Por los hijos	3	2,6
No ha vuelto a tener conflicto con el imputado	16	14,1
No tuvo más contacto con imputado	11	9,7
No tiene tiempo para procedimiento	9	7,9
Se aburríó/no tiene interés en el procedimiento	5	4,4
Se cambió de residencia	10	8,8
Por miedo	1	0,8
Otros	11	9,7
No hay datos en la carpeta	20	17,7
Total	113	100

Fuente: Elaboración propia

En otro caso la decisión de no perseverar en la denuncia corresponde a una actuación estratégica de la víctima respecto de su futuro y el de sus hijos. Una mujer reconoce que desea postular a vivienda propia, pero no ha logrado ahorrar, y ello sería más difícil si el imputado es detenido, ya que no aporta económicamente. Señala que no quiere que el imputado esté en prisión porque no podrá pagar la pensión de alimentos ni dar apoyo económico para los hijos; expresa que solo desea que el imputado la deje tranquila. En la pauta de VIF que usa la Fiscalía se le pregunta a la víctima qué espera que pase con la denuncia, y ella responde que el imputado ingrese a tratamiento psicológico, ya que es celópata.⁷⁸

78 RUC 14xx7-6.

Hay otras mujeres en que su decisión de desistirse está asociada a la insatisfacción con el sistema judicial. Este proceso ocupa tiempo, dinero y no llega a buenos resultados. Hay registros en las carpetas en que las mujeres señalan que “se aburrieron” o que no tienen tiempo acudiendo a las citaciones, sea de los fiscales, de los órganos auxiliares o a las citaciones de las audiencias. Este grupo de casos corresponde a cerca del 15%. Una mujer expresa que por favor la dejen de molestar porque había pasado poco menos de un año entre la denuncia en octubre de 2013 y su declaración de fines de septiembre de 2014.⁷⁹ Hay casos en que el tiempo que transcurre entre la denuncia y el desistimiento de la víctima ha variado entre 1 a 3 años.

En un caso queda consignada la molestia con el proceso en la carpeta cuando la víctima es consultada telefónicamente sobre su adherencia al proceso:

De nuevo ustedes, en mayo ya le dije al fiscal que me dejaran de molestar, yo me aburrí de la tontera, yo estuve con crisis de pánico, esa cosa de ir al tribunal me ponía peor, y yo ya estoy en otra cosa, yo ya no tengo idea del imputado. No quiero saber más de esto, no quiero que me llamen más, porque es algo que no me importa, me llamaban también del centro de la mujer pero también los mandé al espacio, igual que a ustedes, la vida se encarga de juzgar a las personas así, a mí ya me da lata y no me interesa ir a ningún juicio ni a ningún lado. Estoy tranquila así, no me interesa saber de ustedes ni de la causa, no quiero que me sigan llamando. Lo que denuncié es algo que viví y fue fome, pero lo que siento es que falta educación y el tiempo pasa, y ya pasó y ahora estoy en otra parada. Por favor dejen de molestarme.⁸⁰

Otra víctima señala:

el motivo [para no querer seguir] es por el tiempo que ha pasado, cuando yo venía a presentarme el [sic] no concurría, es por eso que no tengo muchas ganas de continuar esto, no le encuentro mucho sentido y siento que ha pasado mucho tiempo para continuar con este juicio, no encontré ninguna solución, además el imputado ya no me molesta.⁸¹

En aquellos casos en que la víctima no acude a las citaciones de la Fiscalía y no comparece a las audiencias tampoco hay una explicación unívoca. En un caso no consta explícitamente que se desistiera, pero en comunicación telefónica con la mujer, se le pregunta por qué no ha

79 RUC 13XX9-8.

80 RUC 13XX9-8.

81 RUC 12XX8-7.

asistido, y la mujer responde que trabaja en turnos 7x7. Su no comparecencia se suma al hecho de que el imputado niega los hechos y no hay testigos, lo que resultaría más difícil para la Fiscalía por un problema de prueba.⁸²

En otro caso la víctima no comparece, pero finalmente la encuentran a través de la madre, está internada con problemas de adicción y estando en un CREM, centro de rehabilitación para mujeres con adicciones, solicita permiso para salir a una audiencia; se lo otorgan pero no concurre recayendo en el consumo. Posteriormente, se entrevista a la víctima a quien producto de lo anterior le han restringido los permisos, y se desiste expresando que no quiere continuar con la denuncia por cuanto desea enfocarse en su tratamiento de rehabilitación e indica, además, que no tiene testigos de los hechos.

La no comparecencia en otros casos se explica porque algunas denunciantes toman sus propias medidas para alejarse de sus agresores, y así queda registrado en algunas carpetas, en que no solo cambian de domicilio, sino de ciudad de tal manera no puedan ser agredidas y el agresor no sepa ni pueda encontrarlas. Una se va desde la zona central al sur de Chile, y otra ha dispuesto casi 2.000 kilómetros de distancia entre su antiguo lugar de residencia en el norte de Chile y luego una ciudad al sur del país.

Una víctima, a la cual finalmente encuentra la Fiscalía, indica en una conversación telefónica que se desiste porque tiene una nueva vida, una nueva pareja y está embarazada. Ella informa que se cambió de domicilio y no lo entregará por temor a que el imputado lo conozca. Se registra en la carpeta además que *“por su estado y salud mental, y al saber que al no poseer testigos presenciales de los hechos, es muy complicado poder llegar a una resolución judicial con respecto al tema. Que quiere estar tranquila ya que su embarazo es de alto riesgo y no quiere pasar por episodios de tensión”*.⁸³ Es este caso existe un informe de la URAVIT –Unidad de Apoyo a Víctimas y Testigos– que establece que la mujer incluso no estaría interesada en regular visitas ni pensión alimenticia de su hijo común, pues hay una historia de golpizas durante el embarazo de la mujer y de violencia en contra del niño. El imputado no tiene buena relación con su hijo, este le teme, no hay visitas reguladas ni tampoco paga pensión de alimentos. Finalmente, no se persevera por un problema de prueba, dada la imposibilidad de obtener nueva declaración de la víctima –ya que se fue del domicilio–, carencia de testigos presenciales, sumado a que el imputado aportó testigos que dicen haber estado con él a la hora de los hechos.

82 RUC 14XX6-1.

83 RUC 12XX0-1.

Cuando las mujeres cambian de opinión sobre la persecución penal, se encuentran típicamente en una fase del ciclo de violencia conocido como la de “luna de miel”,⁸⁴ en que el denunciado ha desplegado acercamiento con la víctima, mostrando arrepentimiento y prometiendo un cambio de conducta después de la agresión. Aquellas que expresan que han mentido a la policía, o al fiscal, son un grupo mucho más reducido, pero de mayor vulnerabilidad pues no parecen tener conciencia de la situación de riesgo en que se encuentran.

La retractación, en tanto cambio de versión de los hechos, no es unívoca y devela la disyuntiva en que una mujer se encuentra expresando una serie de razones para retractarse/desistirse. En una carta a la Fiscalía una mujer expresa:

*le pido humildemente que deje a mi marido, ya que como yo le había contado antes el [sic] nunca en la vida me ha golpeado, ese día que pasaron los hechos, yo discutí con el [sic] y lo seguí al patio y me caí, y yo de exagerada llamé a carabineros inventando que él me había pegado (...) De todo lo que inventé me encuentro arrepentida ya que no tengo quien me dé para comer y menos para pagar el arriendo, ruego por favor me ayude para que mi marido salga libre luego, ya que me hace mucha falta.*⁸⁵

En este sentido, un caso muestra el temor de la mujer —él la había amenazado si perdía el trabajo— ya que el imputado es funcionario de un servicio público y ya tenía antecedentes por conducir en estado de ebriedad. La mujer señala que el proceso la tenía muy mal psicológicamente, porque la hija pequeñita no ha podido ver al padre. Todo ello muestra una víctima que va cambiando la versión de los hechos, incluyendo el origen de una antigua fractura de nariz.

Así, aparece también el relato clásico en que la mujer exculpa al agresor señalando que se cayó y nadie le pegó, de la misma manera que se evidencia en los casos de femicidio frustrado que se revisarán más adelante. Hay situaciones de violencia grave, como el de una mujer agredida en el rostro con una botella, luego de que su victimario procedió a golpearla con pies y puños. La mujer concurrió a la formalización y declaró haber mentado en su declaración original. En otro caso, de una situación poco clara, la mujer cambia la versión de los hechos declarando que ella se hizo moretones en la cara pegándose combos, ya que había amenazado a su pareja que si tenía una amante lo iba a meter preso y, como se enteró que andaba con otra mujer, lo denunció. Posteriormente, ella relata que contará la verdad, ya que si se va a juicio no puede

84 Soledad Larráin, *Violencia puertas adentro. La mujer golpeada*, Editorial Universitaria, Santiago, 1994.

85 RUC13XX6-0.

mentir bajo juramento y no desea irse presa, dice que se da cuenta que está mal y que tiene una obsesión con él y está acudiendo al psicólogo, además le gustaría que en vez de llevarlo preso lo lleven al psicólogo porque también está mal. Se podría decir que esta es una persona que usa el sistema, sin embargo el cambio de relato termina en la reconciliación con el imputado, pero ella pidiendo que él también sea tratado.⁸⁶

La retractación o la falta de colaboración en casos de imputados “delincuentes profesionales” es un panorama más complejo para la Fiscalía, pues los profesionales tienen conciencia del riesgo para las víctimas, como lo ilustra un extracto en la carpeta:

la víctima señala que no quiere seguir con la denuncia, ya que se encuentran bien, el imputado le da estabilidad económica, a pesar de que conoce antecedentes penales del imputado por delitos graves como robo con homicidio. Reconoce que los problemas se dan cuando éste bebe alcohol pero está dispuesta a soportar esta conducta del imputado, y no va a concurrir a realizarse exámenes al SML, ha tomado esta decisión ya que el imputado aporta en la mantención de la hija común y en definitiva “no le sirve que él esté preso”.

En otro, la mujer señala que la agresión, que incluyó según el parte policial una amenaza con disparos al aire, la habría efectuado por celos. Declara que su propósito era que su pareja fuera detenida porque estaba muy celosa, creyó que el imputado la engañaba con otra mujer, quería que él quedara unos días detenido y ahí terminaría todo. Señala que está muy arrepentida de lo que hizo. La versión del imputado respecto al origen del arma es coincidente con la de la víctima, quien declara que el arma era de un amigo del imputado.⁸⁷

En otras, la intervención de la defensa en la fórmula de retractación y defensa del imputado aparece con claridad. En un caso, la mujer, pareja de un “delincuente profesional”, desde el penal envía una carta al juez de garantía:

Sr. Magistrado, me dirijo a usted con el respeto que su persona merece para solicitar que usted postergue mi salida a la audiencia el día 12 de marzo 2013 causa rit xxx en cuál causa me encuentro como víctima ya que en las anteriores yo estaba asistiendo a ellas por amenazas del fiscal XXX quien lleva tal causa. Quien me dijo que si no asistía a las audiencias me haría causa por obstrucción a la justicia ya que usted comprenderá en la situación en que me encuentro. Yo ya no quiero seguir más con esto ya que cuando hice la denuncia estaba enferma psicológicamente y estaba influenciada por mi familia ya no quiero que condenen a una persona mal bueno usted

86 RUC 12XX1-6.

87 RUC 14XX3-4

se dará cuenta cual es toda la verdad tome en cuenta el testigo ocular y el audio que presentará el defensor del demandado lo que realmente pasó esperando tome en cuenta mi petición ruego a usted su comprensión de antemano muchas gracias (sic).⁸⁸

En otro caso que involucra a un imputado con antecedentes penales, la defensa introduce conversaciones en el facebook que buscan mostrar un cambio de versión de los hechos. El caso involucra un secuestro, la retención de la víctima, y que esta posteriormente se retracta. Según el informe de Carabineros todo parece indicar que la primitiva versión de la víctima es cierta, ya que se contrasta con la fijación fotográfica del sitio del suceso coincidente con el relato de la denuncia original, se encuentran fotografiados los objetos que el imputado habría usado para asegurar la ventana para impedir que la mujer saliera, y también los objetos que ella usó para escapar. Para desestimar la versión original de la denuncia, la defensa hace valer antecedentes consistentes en comunicaciones por facebook entre víctima e imputado que mostrarían que la víctima habría mentido y se arrepiente. Se adjuntaron pantallazos en que el imputado pedía explicaciones:

‘como su pareja y padre de sus bbs’, de porqué dijo que la había secuestrado y puesto tornillos en la ventana. Ella responde que no sabía que él estaba por secuestro, le dice ‘mñn ire a hablar con el ctm del fiscal que kiero sacar la wea y lo del secuestro era mentira [sic]’, antes de esa frase ella le pide perdón porque nunca pensó que lo ‘iban a hacer pasar’ por secuestro, le jura por su hija que lo ‘iban a hacer pasar’ por las puras ‘lecciones [sic]’ nada más, ‘sé que cometí un error en agregar un poco de weas [sic]’ pero si quería que ‘refrecciones [sic]’, ‘con una simple denuncia de golpes no hacen nada x eso dije un poco de más’ [sic].⁸⁹

En este caso, la última frase es decisiva: “con una simple denuncia de golpes no hacen nada x eso dije un poco de más”.

Entre los casos revisados, dos resaltaron:

La visita de la víctima a la Fiscalía para apoyar la solicitud de la defensa de cambio de cautelar para el imputado, quien se encontraba en prisión preventiva luego de dos ataques en su contra en menos de 48 horas, y de haber mediado una audiencia de control de detención. El primer ataque se produjo con un estoque de 1,6 metros que fue decomisado. En otro caso de retractación, la víctima involucra a un testigo presencial a quien le solicita que cambie su testimonio a través de una declaración notarial para declarar que el imputado había pagado los

88 RUC 11XX1-5

89 RUC 16XX8-2

daños, lo cual era falso. Hubo violación de morada y fueron afectados menores de edad, por ello el Ministerio Público habría mantenido la investigación por dos años pese a la retractación, pero finalmente no persevera porque la única testigo presencial, amiga de la víctima, presentaba, a juicio de la Fiscalía, poca confiabilidad.⁹⁰

En efecto, la obligación que pesa sobre el Estado es independiente de la voluntad de la víctima de querer mantener su decisión frente al proceso, dado que los delitos de lesiones dan lugar a una acción penal pública. Por ello, la pregunta es si la Fiscalía no lleva a cabo el proceso basado en la menor probabilidad de obtener un resultado satisfactorio, de las características de algunas de las víctimas, como pueda ser parejas de personas con un alto compromiso delictual, entre otras consideraciones posibles.

4.6. El ritualismo en la tramitación de la Fiscalía: el enigma de la carpeta de investigación

Más allá de la actuación deficiente en la ubicación de un imputado, en algunas carpetas no se logra advertir ninguna actuación conducente a la investigación y tramitación de casos. Solo existe el parte policial, sin registro de ninguna actividad investigativa. Sin bien estos casos son pocos, esto se suma al trabajo deficiente en que la Fiscalía parece adoptar una tramitación de mera ritualidad, expidiendo una orden a Carabineros para la realización de la diligencia para notificar al imputado agotándose con eso la labor de la persecución. Si no hay respuesta, o ha transcurrido un largo desfase entre la orden y el resultado, la causa se archiva. En otros casos ni siquiera hay un tiempo suficiente entre el ingreso y que, un mes después, la causa ya esté cerrada.

Hay casos en que no es posible explicar el cierre cuando una víctima desea perseverar y explica las razones a la Fiscalía por las cuales no puede asistir a una audiencia y solicita se pueda postergar. Por ejemplo, en uno la víctima, que es recolectora de cohayuyo, informa que debe trabajar en las próximas tres semanas, y que tiene todo el interés en mantenerse en el juicio, no obstante la causa se cierra por DPN:

Vine hoy para informar que si tengo interés en participar del juicio, sin embargo por problemas económicos, debo ausentarme durante 18 días, para ir a Temuco y alrededores, este es un viaje que ya tenía organizado con otros trabajadores, para ir a vender cohayuyo, fuera de la región. Se me informa que si no me presento al juicio el imputado podría ser absuelto. Ese no es mi interés, pero dada la falta de recursos económicos, no puedo quedarme más días sin trabajar, vine hoy porque pensé que se podría pedir que se cambie la fecha. Mis testigos tampoco pueden esa fecha pues también trabajan en lo mismo.⁹¹

90 RUC 12XX4-0

91 RUC 11XX7-9.

4.7. El rol de los operadores del sistema ante la retractación, el desistimiento y la necesidad de otras pruebas

Profesionales entrevistados del SERNAMEG sostienen que cuando una mujer ha reanudado su relación y niega los hechos, especialmente cuando están en la fase de juicio o audiencia, es posible demostrar, a partir de otras evidencias, que los hechos ocurrieron, y que la víctima se encuentra en la fase de “luna de miel”. Fiscales entrevistados apuntan que ello es frecuente, y que las víctimas suelen decir en ciertos casos que lo relatado en el parte policial no es algo que ellas dijeran sino “que lo puso el carabinero”. Ahora bien, si los fiscales no llegaran a dar importancia cuando solo se denuncian algunos golpes, u otros delitos, y algunos efectivos policiales podrían aumentar los hechos, se causaría con ello problemas para la investigación o la deslegitimización de la denuncia. Un fiscal señala que aumentar la envergadura de los hechos, aunque fuera por “buenas intenciones”, o minimizarlos tiene efectos negativos, ya sea porque reduce la credibilidad de la víctima o deslegitima al sistema.

Para las profesionales del SERNAMEG resulta gravitante mantener a las mujeres en un programa de asistencia para víctimas de violencia, independiente de que decidan continuar o no con el proceso. Así, ante un nuevo episodio de violencia la mujer puede sentirse más protegida y tener mayor disposición de seguir adelante con su denuncia.

Un profesional de un CVM señala que en casos en que son querrelantes y la víctima no desea perseverar tienen como política que la mujer firme la renuncia al patrocinio y se les informa que siempre podrán volver para reabrir su caso. Un fiscal señaló que durante un tiempo las profesionales de un CVM de la zona occidente de la RM responsabilizaban a las mujeres por no seguir adelante con la investigación penal re victimizándolas: y calificó esta práctica de “maltrato”.

La demora en la investigación, por no encontrar al imputado, también provoca deserción de las denunciantes. Así lo expresa un profesional de un CVM, indicando que las mujeres se cansan y finalmente deciden no seguir adelante, tal como aparece en las carpetas. Para las mujeres de sectores populares que trabajan, como indican los entrevistados, no es fácil pedir permisos para asistir a las citaciones de la Fiscalía, de los CVM, ir al tribunal o a otras reparticiones. Cada día no trabajado es un día descontado de su salario.

Para fiscales y otros profesionales, la posibilidad de seguir adelante con una causa, independiente del interés de la víctima, depende de varios factores, siendo el más importante la existencia de pruebas adicionales. Por ejemplo, que haya un reporte de lesiones de calidad, la concordancia entre la narración de la víctima y el parte médico, el reporte policial y la entrevista; todo ello permitiría a la Fiscalía tener mayores probabilidades de éxito sin tener que contar necesariamente

con la presencia de la víctima. Una de las medidas, un programa piloto que recientemente adoptó una fiscalía de la zona occidente de la Región Metropolitana, es la compra y entrega de una máquina fotográfica para el SAPU⁹² que permita al personal de salud, que brinda la primera atención a la víctima, tomarle fotografías de buena calidad, para tener imágenes a color de las lesiones que presentaba en el cuerpo. Esta iniciativa, a juicio de la profesional de la Fiscalía permite contar con otros medios probatorios desvirtuando eventuales relatos de la víctima que declara que “se cayó” y puedan mantener una acusación sin necesidad de su presencia.

La información que consta en las carpetas se inicia con el parte policial que contiene un relato, pero todavía en algunos de ellos se observan frases estándar que señalan “que la mujer fue ofendida en su condición de mujer y madre”, material de poca utilidad para una investigación. En pocas carpetas se encuentran fotografías de las lesiones de las víctimas, las que en algunas ocasiones han sido tomadas por la policía o bien en la Fiscalía.

La posibilidad de contar con otros antecedentes en una carpeta, depende de la gravedad del caso. En pocos casos hay derivación al SML, y en algunos las víctimas no asisten. Así queda consignado:

pese a que la víctima en esta causa antigua [2008] señala en declaración de 9 de abril que va a colaborar con la investigación, lo cierto es que en esa oportunidad se le entrega oficio para ir al SML pero no va (19-4-13), según psicólogo ella señala que no le pareció importante, se le entrega segundo oficio para ir al SML pero nuevamente no va, en la práctica no se ve real disposición a cooperar con la investigación, además los hechos son del 2008 y las amenazas son poco serias, no se puede seguir insistiendo, perdiendo horas en el SML con víctima no comprometida con su causa, además rechaza casa de acogida y reubicación.

Sin embargo, la víctima señala que no quedan rastros de las lesiones, pues han pasado muchos meses. El imputado en la causa había sido detenido en la calle en flagrancia, después de agredir a la mujer en la calle y teniendo una medida de prohibición de acercamiento, pero Carabineros lo dejó una cuadra más allá, señalando que la denunciante no tenía con ella la orden de alejamiento y el centro de medidas cautelares estaba cerrado.

Como se ha dicho, son pocos los casos de lesiones que llegan al SML. Una fiscal en entrevista señaló que el Ministerio Público depende para la acreditación del daño y su magnitud de informes sociales que expiden los CVM, pero su calidad varía, dada la alta rotación de

92 Servicio de atención de atención primaria de urgencia.

profesionales por las condiciones laborales y bajas remuneraciones de los CVM. El personal con menos experiencia tiende a emitir informes de baja calidad.

Para los fiscales entrevistados, la acusación y el éxito de la investigación penal descansa en los hombros de la víctima, la que debe ponderar muchos factores frente a la continuidad del proceso penal. Los entrevistados coinciden en que muchos jueces esperan la participación de la víctima en el proceso, y sin ella no hay mayor posibilidad de condena. Por ello tener buenas prácticas y contar con otros medios probatorios reduce el peso sobre la víctima, y como expresaron los entrevistados, en especial, en muchos casos, del sentido de culpa de llevar al denunciado a la justicia, después de todo, como señalan algunas de ellas, “él es el padre de mis hijos”.

La ausencia de testigos, o de personas dispuestas a testificar, agrava aún más la situación. Muchas mujeres precisamente lo señalan cuando sostienen que no desean perseverar porque nadie más vio lo sucedido.

Dos casos de mujeres víctimas con alteraciones psiquiátricas son llamativos y a la vez preocupantes. Uno de ellos es el de una víctima que tiene 89, quien padece Alzheimer, y una pareja de 69 años quien la agrede en forma constante. Por una parte, la víctima no puede prestar declaración por su enfermedad, por otra parte los testigos de oídas no relatan fechas específicas de los maltratos y la única testigo presencial, una vecina que socorrió a la víctima, no quiere prestar declaración. No obstante, el informe de investigación de Carabineros concluye que “según las diligencias efectuadas se logra demostrar la veracidad de los hechos, dadas las declaraciones de los testigos, junto con numerosas denuncias de VIF realizadas por la víctima en contra del imputado se puede establecer la existencia del delito de maltrato habitual en contexto de VIF”. Sin embargo, la Fiscalía decide no perseverar respecto de la víctima, que presenta gran vulnerabilidad por su avanzada edad y su condición mental.⁹³ Este caso presenta una flagrante violación a la CEDAW y a la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de adultos mayores.

La otra víctima está en una situación de discapacidad mental –oligofrenia y un retardo mental del 75% tal como se registra en la carpeta– que involucra violencia sexual marcada por el aprovechamiento de su conviviente, una persona violenta y alcohólica. Los vecinos señalan que utiliza a la víctima para comercio sexual y la obliga a mantener relaciones sexuales con otros hombres. Se le toma declaración a la víctima, sobre cierta agresión sexual recibida de parte del amigo de su conviviente:

93 RUC 14XX8-4.

se le pregunta qué hacía ese caballero en el domicilio, a lo que la víctima responde que 'estaba tomando, que se mete harta gente a la casa a tomar, hartos hombres' se le pregunta si este sujeto le ha hecho algo, a lo que responde que 'se le ha tirado al dulce', que tres hombres se le han tirado al dulce, que el amigo de su conviviente se le tiró al dulce cuando estaba en la pieza, se le pregunta a que se refiere con esta expresión, a lo que responde que significa que 'le sacó toda la ropa y quedó pilucha, le metió el pene en la vagina y le tocó los pechos', dice que esto pasó dos veces, que cuando esto ocurrió su conviviente se encontraba en la casa, señala que otros dos sujetos amigos de su conviviente hicieron lo mismo, se le pregunta si alguno de los caballeros que hizo esto le pasó plata a su conviviente, a lo que responde que uno de ellos, y que le pasó 10 mil pesos, se le pregunta si a ella le parece bien o mal que los sujetos la toquen, a lo que responde que le parece mal.

En este caso el MP cierra por decisión de no perseverar basándose en la inasistencia de víctima a dos citaciones, y en las declaraciones de los amigos del imputado, quienes, previsiblemente negarían la participación en los abusos sexuales.

Sin embargo, en la carpeta se encontraron declaraciones de la misma víctima y de su hermana que confirmaban los abusos. Un informe de investigación criminalística arroja como resultado que:

se establece efectividad de maltrato físico por medio de declaraciones de testigos que en alguna ocasión han auxiliado a la víctima, además, se establece que el imputado facilitaba a su conviviente para realizar favores sexuales a sus amigos, no se logra establecer fehacientemente que reciba dinero a cambio de facilitar a su conviviente, pero existe una alta probabilidad de la ocurrencia de este hecho.

Este es otro caso de incumplimiento grave al deber de debida diligencia que tiene el Estado dada la condición de la mujer en situación de discapacidad mental y dependencia respecto del victimario.

La revisión de las carpetas indica que las actuaciones de la Fiscalía son muy disímiles, en algunos se observa la diligencia de los fiscales, pero en otros no hay antecedentes que permitan dar luces sobre las razones para el cierre de los procesos, dejando en algunos casos, a mujeres en mayor desprotección.

Si el razonamiento de los fiscales es que algunos casos escapan de las herramientas con que cuenta el sistema penal, lo cierto es que no se vislumbran esfuerzos de parte del sistema de activar otros dispositivos de protección, sea en Tribunales de Familia, o las redes sociales de protección. Con ello, nuevamente se incumple el deber de debida diligencia, pues este no se agota en la respuesta penal.

5. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE FEMICIDIO DICTADAS DURANTE 2017

Habiendo analizado los datos de causas en lesiones, quisimos observar si el perfilamiento de los casos podía dar luces respecto de los imputados en casos de femicidio, lo que pudiera permitir identificar puntos clave para la acción efectiva y su prevención. Es importante recalcar que ambas muestras no son metodológicamente comparables, pues corresponden a muestras distintas y sin haber revisado las carpetas investigativas de femicidio, sino solo las sentencias.⁹⁴

Los juicios en este tipo de causas pueden ser resueltos en Tribunales de Garantía cuando los imputados eligen un juicio abreviado⁹⁵ (8 casos) uno simplificado⁹⁶ (2 casos), con acuerdo entre la Fiscalía y la defensa, por lo cual el Juez de Garantía revisa que el imputado conozca los efectos de su elección. 37 de los casos fueron resueltos en juicio oral, y solo en una sentencia no se registra el tipo de procedimiento. Como señalamos, el estado civil entre las partes es un elemento central en los delitos de femicidio (Tabla 19).

Tabla 19
Sentencias dictadas en 2017. Perpetradores de femicidios tentados, consumados y frustrados por tipo de relación

Cónyuge	Conviviente	Ex conviviente	Relación afectiva	No registra
7	23	11	1	6

Fuente: Elaboración propia

En un caso se registra una relación afectiva o sentimental sin establecer la existencia de co-habitación, pero queda consignado que la muerte de la mujer se produjo en su dormitorio. Se condena por homicidio calificado, y lesiones respecto de las personas que intentaron defender a la mujer (su hija y su madre).

Uno de los relatos comunes detrás de estos casos es que los perpetradores no aceptan el quiebre de pareja y que la mujer inicie otra relación. La idea estereotipada –“eres mía y de nadie más”– no es anecdótica cuando

94 La realización de un estudio comparado requeriría más recursos, entrevistas a fiscales, defensoras/es, jueces/juezas además del acceso a los audios. Esta es una línea de posibles investigaciones futuras.

95 El juicio abreviado se realiza ante un juez de garantía, se produce en la audiencia de preparación de juicio oral cuando el Ministerio Público no requiere de una pena superior a los cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo. Artículo 406 y siguientes del CPP. La norma establece que el fiscal o acusador particular podrán modificar su acusación, así como la pena solicitada a fin de permitir la tramitación conforme a este tipo de juicio.

96 Es aplicable el juicio simplificado cuando el Ministerio Público haya requerido una pena que no excediera de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, es decir de 61 a 541 días. Véase Art. 388 CPP.

está precedida de amenazas de muerte sobre la cual actúan algunos hombres, como sucede en casos de delitos de lesiones en el contexto de VIF.

5.1. Caracterización de los imputados

El análisis de las sentencias analizadas muestra dos hechos relevantes. Por una parte, los agresores (cuando su nivel de escolaridad es conocido) presentan escasa escolaridad, 5 no han terminado la educación básica, 2 solo terminaron la educación básica, dos completaron su educación media 4 estudios secundarios completos. Solo dos presentan estudios completos o incompletos técnicos o universitarios. Sobre el resto no hay información, salvo que los relatos dan pistas de precariedad social. Comparativamente con los casos de lesiones, se da cuenta de niveles muy distintos de escolaridad. También se observa que 19 de 48 tenían consumo problemático de alcohol y drogas. Por otra parte, hay otro grupo de feminicidas que sin tener antecedentes de consumo problemático, realiza el delito bajo los efectos del alcohol u otras drogas. El consumo es una cuestión que resalta también en el análisis de los casos de lesiones (64,2).

Utilizando la tipología construida a raíz de las carpetas de causas en lesiones, pudimos caracterizar a los imputados por femicidio, pero sin la precisión de las primeras, ya que no se tuvo a la vista los antecedentes de la carpeta. El más prevalente de los feminicidas es el primerizo, es decir, un sujeto que no tiene antecedentes en el sistema penal, ya sean denuncias o sentencias condenatorias por VIF o denuncias en Tribunales de Familia. Un segundo grupo es el agresor contumaz, que muestra una seguidilla de denuncias, con condenas o antecedentes por VIF. Y finalmente un tercer grupo, el delincuente profesional, con condenas; en algunas ocasiones se hace referencia a procesos en otro tipo de delitos sin que hubiera condenas.

Se desprende de los antecedentes aportados que 36 de los 48 sujetos imputados no presentaban antecedentes en el sistema de justicia, sea penal o de familia, por violencia intrafamiliar. Trece de 48 perpetradores solo presentaban antecedentes por delitos de violencia intrafamiliar anteriores al femicidio, 6 tenían antecedentes y/o condenas por delitos distintos a violencia intrafamiliar,⁹⁷ 2 con condenas por delitos anteriores tanto en violencia intrafamiliar y otros delitos y uno solo registraba causas en los Tribunales de Familia en violencia intrafamiliar.

En aquellos casos en que se presentan los imputados como primerizos, los alegatos de la Fiscalía o del querellante dan cuenta de episodios previos de violencia que no habían sido denunciados por sus víctimas.

Los sujetos que tienen condenas previas en VIF en sede penal, y que además cuentan con un prontuario por otros delitos, son sujetos altamente peligrosos para sus víctimas, como lo hemos analizado en la

97 Delitos como homicidio, robo, porte ilegal de armas, o hurto.

sección anterior. La revisión de los casos da cuenta de un espiral de violencia que suele culminar con el femicidio o bien, femicidio frustrado.

Ante aquellos que cuentan con un prontuario delictual “tradicional”, el aparato del Estado parece tener menos probabilidades de proteger a la víctima de la conducta delictiva de su pareja o expareja, y las medidas con las que cuenta el sistema tampoco resultarían eficaces.

Debe advertirse que entre las sentencias analizadas se incluyó un parricidio, el de una pareja homosexual. La víctima, es descrita en el caso, como un hombre que cumplía los estereotipos femeninos (transgénero descrita como travesti, quien ejercía el comercio sexual), y su pareja había perpetrado y sido condenada en 2010 por el parricidio en contra de su ex-pareja del sexo femenino.⁹⁸

Entre los femicidas hay chilenos y extranjeros. Respecto de imputados extranjeros, el sistema de justicia penal ante una primera denuncia en Chile no tendrá antecedentes del país de origen salvo que la Fiscalía sea diligente solicitando dicha información a las autoridades de la nación del inculpado, cuando pueda hacerlo. Ello permitirá al inicio de la investigación poder evaluar en forma más rigurosa el riesgo para la víctima. De los femicidios reportados entre 2010 y 2017 aproximadamente un 10% corresponden a mujeres e imputados extranjeros.

La información sobre los antecedentes prontuarios pretéritos de un imputado es materia de discusión en los juicios, por la procedencia o no de la atenuante de irreprochable conducta anterior, y porque como se constató, es utilizada como defensa para desvirtuar la acusación de femicidio frustrado.

Un ejemplo de lo anterior, es el caso de una pareja de extranjeros, en que la mujer fue apuñalada múltiples veces. Fue rescatada por otras personas que vivían en el mismo inmueble, la llevaron a un servicio de urgencia y gracias a esa asistencia logró sobrevivir. La estrategia de la defensa consistió en que su actuar no fue por celos, sino más bien por rabia, ya que la mujer cuestionó su racismo y homofobia, de modo tal que él reaccionó ante la supuesta denostación de parte de su mujer, es decir, en un arrebato. Declaró que pudiendo matarla, pues sabía cómo hacerlo, no lo hizo, es decir descarta la intención homicida. El hombre tenía dos condenas por homicidio en su país de origen. La existencia de homicidios previos sirvió como un elemento favorecedor para la apreciación de la conducta, y establecer cuál había sido su intención.⁹⁹ Otro caso es el de una persona que no contaba con antecedentes penales en Chile, pero los reportes de prensa informan que se desempeñaba

98 La situación de hombres que vuelven a matar a sus parejas no es tan inusual. Como vimos existe un caso, en 2010, de un hombre que dio muerte a su mujer de la cuarta edad y también había asesinado a su pareja anterior.

99 RUC 1600237501-3 de Santiago.

como paramilitar.¹⁰⁰ Esos antecedentes no se encuentran detallados en la sentencia.

5.2. Delitos imputados, defensas y resultados de los procesos

Todas las sentencias analizadas corresponden a casos llevados a juicio por delito de femicidio (y un parricidio) en sus diversos estados de comisión. En algunos se sumaron otros hechos por delitos coetáneos: intento de incendio, homicidio y/o parricidio, lesiones o por delitos cometidos anteriores como lesiones o amenazas (Tabla 20). Los modos comisivos son muy diversos, desde golpes, ahorcamiento, apuñalamiento, hasta quemar o atropellar a la víctima.

Como pudimos ver, en los delitos de femicidio frustrado habían condenados que para el sistema eran primerizos, pero que en la narrativa de fiscales y querellantes figuraban con una larga historia de violencia y lo mismo aparece en la pauta de riesgo. Por ello, el primerizo es solo un dato para el sistema de administración de justicia, pero no lo es para la vida de las mujeres.

Se observa que aquellos casos que van a juicio por femicidio frustrado, en la mayoría de ellos, los imputados son condenados por lesiones menos graves o graves dependiendo de la envergadura de las heridas. En estos casos, la tesis de la defensa es tratar de establecer que el sujeto no tuvo el ánimo de matar sino de lesionar. Para los jueces, es una cuestión del dolo.¹⁰¹ En esta categoría se encuentra Mauricio Ortega, en el mediático caso de Nabila Rifo, quien fuera condenado en el Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique por femicidio frustrado y lesiones graves gravísimas con dos penas de 12 años por cada delito. Posteriormente la Corte Suprema, en voto dividido, consideró que el perpetrador no tuvo intención de matarla, razón por la cual mantuvo la condena pero calificó los hechos de lesiones simplemente graves, por lo cual rebajó la condena a 4 años.¹⁰²

En dos sentencias, la defensa menciona, precisamente, el caso de Ortega. En un proceso del tribunal de Santa Cruz la defensa señaló y la Corte Suprema consideró que el dolo eventual de matar no es compatible con la tentativa de femicidio, refiriéndose al caso de un imputado

100 24horas.cl; "Caso descuartizada: Revelan detalles del crimen en el que murió la joven colombiana", 9 de marzo de 2016.

101 Es decir, como señala el profesor Londoño, el tribunal consideró no acreditado un "dolo directo" de matar sino solo un "dolo eventual". La discusión sobre la aceptación del dolo eventual para configurar un delito tentado o frustrado lo discuten los profesores Fernando Londoño, ("Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?"; *Revista de Ciencias Penales*, 93 No 3, pp. 95-130, 2016) y Juan Pablo Mañalich, ("Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol 19.008-17"; *Revista de Estudios de la Justicia*, Núm. 27, 2017, pp. 171-182.)

102 Corte Suprema, rol 19008-17 del 11 de julio de 2017.

que intentó ahorcar a la madre de sus hijos y que la hija impidió que la matara mordándole la oreja al padre para que la soltara.¹⁰³ En otro caso en Cauquenes, la defensa sostiene que pese a las lesiones gravísimas sufridas por Nabila Rifo el delito no se consideró como un femicidio frustrado, y por lo mismo el intento de estrangulamiento no podría ser calificado por la Fiscalía como un femicidio frustrado.¹⁰⁴

Tabla 20
Delitos imputados en casos de femicidio dictadas en 2017

Delito	Número
Femicidio consumado	8
Femicidio consumado y parricidio	1
Femicidio consumado y 2 homicidios frustrados	1
Parricidio	1
Femicidio frustrado	18
Femicidio frustrado y causas VIF anteriores misma víctima	12
Femicidio frustrado más otro delito coetáneo contra la misma víctima	2
Femicidio frustrado más otros delitos contra otras víctimas	2
Femicidio tentado	3
Total	48

Fuente: Elaboración propia

Si se consideran todos los casos en que había imputación de femicidio frustrado (34), en 12 de ellos se condena por el delito frustrado y un homicidio frustrado, en 9 por lesiones menos graves, 3 por lesiones graves, y uno por lesiones simplemente graves, y en 7 por delito de femicidio en grado de tentado. En aquellos casos en que hubo imputación de delito de femicidio tentado, se condena en uno como tentado, en otro por lesiones menos graves y en el tercero por incendio.

Las teorías del caso de las defensas en las acusaciones por femicidio frustrado tienden a seguir una misma línea de argumentación: que no hubo dolo de matar.

En estos procesos hay dos casos en que la víctima cambia la versión de los hechos en la audiencia de juicio, relacionándolas con accidentes y no con agresiones. La única sentencia absolutoria dictada en este período corresponde a un caso del 6º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en que el hombre fue imputado por femicidio y aborto frustrado ya que, según la tesis del Ministerio Público, roció con alcohol a su pareja que tenía ocho meses de embarazo y luego le prendió fuego. La mujer

103 RUC 1700435708-6. La hija depuso en el juicio sintiéndose culpable por haber mordido a su padre, pero el cambio de color de la madre la desesperó.

104 RUC 1601082028-k de Cauquenes.

resultó con quemaduras en su cara y extremidades; también fue sometida a una cesárea de emergencia. El sujeto permaneció cerca de dos años en prisión preventiva, y al momento del juicio, la mujer concurrió al tribunal como testigo de la defensa para señalar que la situación fue un accidente y no una acción dolosa de su pareja.¹⁰⁵ Por su parte, la Fiscalía presentó los antecedentes clínicos de la “víctima JIHM [quien] resultó con quemaduras en cara, tórax anterior, abdomen, extremidad superior derecha anterior y posterior, extremidad superior izquierda anterior, muslo derecho e izquierdo anterior, lesiones que hubiesen resultado mortales de no mediar socorros oportunos y eficaces”.¹⁰⁶ Los relatos cambian: el de la víctima que contó a su prima, en su primera versión a policías, y las que precedieron señalando que fue un accidente. En virtud de ellos, los jueces estimaron que la Fiscalía no alcanzó a probar más allá de toda duda razonable que no hubiera sido un accidente, por lo cual el hombre resultó absuelto. La mujer reconoció que había visitado al defensor y que, al momento del juicio, no se mantenía como pareja del imputado porque no quería tener problemas con su familia, quienes habían testificado que el hombre la agredía.

Otra mujer, víctima de femicidio frustrado, también fue rociada con parafina por su cónyuge, recibió numerosos golpes y cortes propinados con arma blanca. Sin embargo, durante el juicio cambió su relato señalando que al haber sido sorprendida con su pareja extramarital se produjo una riña entre su cónyuge y amante, se dio vuelta un bidón de parafina, y que no habría sido rociada con el combustible; pero nada pudo decir respecto de las lesiones producidas por los cortes o los golpes. El perpetrador —que había sido imputado por femicidio y homicidio frustrado— fue condenado por lesiones menos graves.¹⁰⁷

La retractación, en tanto cambio de versión de los hechos, como vimos en la sección anterior, es un fenómeno conocido en la literatura¹⁰⁸ y que tiene un efecto importante en la persecución penal. La Fiscalía pierde un importante testigo y debe tener innumerables pruebas conducentes a demostrar que había una historia, un relato de violencia. La dificultad mayor es demostrar el dolo de matar, el dolo femicida, lo cual significa develar que en algunas situaciones la violencia había estado silenciada, y que la agresión más grave es la primera en ser denunciada. Otro imputado alegó en su defensa, sin éxito, que su mujer no murió porque él quisiera matarla, sino por un accidente de tránsito en que la atropelló, y si falleció fue por la negligencia del servicio de urgencia donde fue atendida.

105 RUC 15XX8-k de Santiago.

106 *Ibíd.*

107 RUC 1601076152-6 de TOP Linares.

108 Véase sección 4.5.

En total, 7 imputados fueron condenados por delitos de femicidio frustrado, y 5 por femicidio frustrado y lesiones en el contexto de VIF. En estos últimos casos, se trata de delitos que se agrupan en nuestra categoría de agresores contumaces que tienen antecedentes de violencia en contra de la misma pareja.

El caso de imputación por parricidio corresponde al asesinato de un hombre que mata a su pareja del mismo sexo. En el Tribunal Oral en lo Penal de Chillán fue condenado por parricidio y la Corte de Apelaciones recalifica por homicidio. La Fiscalía en su alegato señala que la víctima cumplía el rol de mujer, pues era una mujer transgénero.¹⁰⁹

Los resultados son paradójales. Se observa, cuando se llega al estado de juicio, importantes niveles de condena, pero en los casos de femicidio frustrado se sanciona por delitos de menor reproche penal. La falta de condenas por femicidio frustrado y solo por lesiones tiene varias posibles explicaciones, como señaló una profesional del SERNAMEG. Por una parte, la capacidad del trabajo investigativo de la Fiscalía para mostrar no solo la foto del suceso, sino una película completa en que se contextualiza y se prueba la seguidilla de agresiones *in crescendo* que ha experimentado la víctima. Por la otra, asegurar tener la participación de la víctima y contar con otros medios probatorios en caso de retracción. En tercer lugar, la valoración y entendimiento del dolo directo o eventual de matar.

Ahora bien, en 26 de los 48 juicios hubo participación de querellantes (SERNAMEG) y de un centro de atención a víctimas de delitos violentos (CAVD), por lo cual el esfuerzo no es solo de la Fiscalía, sino también de los que se querellan. De las 25 querellas del SERNAMEG, 9 involucraron femicidios consumados, es decir, casos en que quizá no se discutiría con el mismo énfasis la distinción entre el dolo de matar versus el dolo de lesionar. Según las entrevistadas del SERNAMEG, la institución se querella casi en la totalidad de las causas por femicidio consumado (35 a 45 casos/año) y entre 110 a 130 querellas por femicidio frustrado. En el caso de los centros dependientes del Ministerio del Interior, la decisión de querellarse se adopta con cautela, y por ello hay menos casos. Se debe a la posibilidad de que un centro, cuando se produce absolución, sea condenado en costas y el servicio no cuente con los recursos para su pago.

Profesionales del área de violencia del SERNAMEG indican que hay una alta proporción de mujeres en femicidios frustrados (47%) que mantienen su decisión de seguir con la persecución penal y su labor es mantenerlas adheridas a algún programa. Consideran que esta cifra es

109 En este sentido, lo que se advierte es que son asesinos/femicidas seriales, es decir, hombres que matan a sus parejas. Un caso similar está reportado en el Informe del Circuito Intersectorial del año 2010.

alta considerando la proporción de casi un 60% que no desea seguir adelante con la denuncia en los casos de lesiones.

Es posible señalar que la metodología de investigación no nos permite indagar sobre el entendimiento de los jueces frente al dolo en los casos de femicidio frustrado, ni sobre la calidad del trabajo de persecutoras y persecutores para instalar un relato de violencia que permita lograr la convicción frente a elementos del tipo “castigar y matar” a una mujer. Estamos hablando de un juzgamiento que esté exento de estereotipos de género que directa o indirectamente afirmen el control o el poder masculino, ni imponer [o impongan o asignen roles a las mujeres] papeles asignados o castigar [castiguen] lo que se considera un “comportamiento inaceptable” de las mujeres.¹¹⁰

Los resultados finales muestran que un elemento importante del rol del Estado es la sanción al femicidio, pero, como se verá en el caso de los delitos de femicidio frustrado, se sancionará como delitos de menor gravedad. La prevención de estos delitos y la reparación a las víctimas en este tipo de casos es importante como también la proporcionalidad de las penas.

6. EL ROL DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LAS MUJERES Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: SERNAMEG Y OTROS

La oferta pública de servicios de información y de atención psicosocial para las mujeres víctimas de VCM está centrada en centros de la mujer y centros de violencia sexual (de estos últimos solo existen 3 a lo largo del país). Actualmente, hay 103 puntos de atención que cubren 268 comunas, y 43 casas de acogida, estas últimas, que otorgan atención a cerca de 1.000 usuarias al año. La capacidad de respuesta es limitada frente a la magnitud del fenómeno, solo en el sistema penal aproximadamente dos tercios del total de las denuncias (118.904) son violencia de pareja. De hecho, la reparación entendida como un largo proceso psicosocial es reducido, y la respuesta se centra en la intervención en crisis. Para el SERNAMEG, el tipo de atención es variada, y abarca desde la orientación, la intervención judicial en los casos más graves, a todo el proceso de reparación asociado a la VCM. Los centros de violencia tienen diferencias entre sí, pero operan en cualquier caso como parte de la red pública de atención a víctimas con las tensiones propias de distribución de recursos limitados para este tipo de trabajo. En el SERNAMEG dimensionan sus atenciones anuales en un número de 33.000, de las cuales solo una porción

110 CEDAW, Recomendación General núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, op. cit. párr. 19.

involucra representación judicial, pero como definición institucional buscan que cualquier mujer, independiente de su deseo de una denuncia formal, se mantenga en la red de reparación. Sin embargo, no todos los servicios operan con la misma lógica. Por ejemplo, el servicio de atención a víctimas de Copiapó, dependiente del Ministerio del Interior, solo asegura atención para aquellas personas que tengan un caso judicializado. Como expresan los entrevistados del Ministerio esa fue una decisión local que no responde a los lineamientos que se siguen desde el nivel central o lo que hacen otros centros en materia de delitos violentos.

En este sentido, se estaría confundiendo el deber de reparación que tiene el Estado con los lineamientos de apoyo a víctimas en sede judicial, que representan dos obligaciones distintas.

En el caso de SERNAMEG, sus servicios tienen una diferencia significativa con aquellos servicios de representación o servicios jurídicos o psicosociales para víctimas que dependen del gobierno central. En los centros de violencia existe una delegación o externalización de servicios en tres formatos distintos: encargados a gobernaciones, a municipios o a organizaciones no gubernamentales. Los lineamientos técnicos-programáticos están bajo la tuición del SERNAMEG, pero administrativamente bajo la institución contratante. Desde este punto de vista, se evidencia una fuerte precarización laboral de sus profesionales, lo cual tiene un efecto en la política pública de trabajo de apoyo y reparación a las víctimas. Se nos indicó, que en algunas instituciones como ONG existen contratos de trabajo, pero la gran mayoría realiza sus funciones a honorarios bajo un régimen de subordinación y dependencia, con cumplimiento de horario, turnos, y lo más complejo, con demandas laborales desde distintas jefaturas. En algunos casos existe buena experiencia dependiendo, eso sí, de los límites y las relaciones entre el SERNAMEG y la institución ejecutante:

Ese es el tema de los municipios, que tienes dos jefaturas, el municipio, la Dideco y el Sernameg, entonces Sernameg te dice: 'Riesgo vital, vaya y a la mujer rescátela de la casa, que vive en una comuna x, y vaya a dejarla a la casa de acogida de otra comuna, vea cómo lo paga y después lo rinde', y con mucha jerarquía en la demanda, como 'Hazlo'. Y luego tienes Dideco que te dice: 'Arréglatelas pero el sábado tienes que ir a repartir gas, balones de gas porque es invierno'. Esas eran experiencias que me contaban los otros centros de la mujer, yo no la viví porque creo que mi jefa puso límites, se validó muy bien en el municipio, entonces nunca tuve que hacer eso, ni se me pidió ni estuvo ni cerca.

Las tareas de prevención, cuando existe esta dualidad, se pierden entre las demandas de la autoridad de turno en el municipio y el trabajo de

información y prevención que, programáticamente, debe hacerse. Al respecto, un/a profesional del área señaló:

Por ejemplo, [nuestra participación en] ferias comunales que se hacen los fines de semana, donde va el alcalde, uno tiene que estar ahí con el stand del centro de la mujer, pero para mí... el objetivo es otro,... es sumar votos para el alcalde que esté de turno. Ahora, ... y se nota igual la presión permanente como de hacer actividades que tienen un rasgo político más que de verdadera prevención de la violencia o de otras temáticas de la misma comuna: infancia, drogas, qué se yo. Pero si, estamos obligados a eso, no nos podemos negar a participar de esas actividades. El año anterior, 2016, 2017, a veces... tenemos que ir a estas ferias a pintarles la cara a los niños. Esa era nuestra función profesional. O inflar globos, o entregarle agua a la gente. A eso vamos. No vamos netamente a hacer una entrega de información.”

Si lo relatado constituye una práctica que se reitera entre profesionales de distintos centros, resultaría muy preocupante respecto de las políticas de prevención, o la falta de ellas. A modo de información anecdótica, una postulante a la práctica profesional de la carrera de derecho, administrada por la Corporación de Asistencia Judicial, y que no desea ser identificada, señaló al equipo de esta investigación que en una entrevista a la que fue citada por la oficina del Centro de Mujeres de una comuna de la Región Metropolitana, las abogadas a cargo señalaran que ante la falta de recursos financieros y tiempo para satisfacer los servicios de representación judicial en causas de violencia intrafamiliar en sede penal estaba en tensión con otras labores requeridas, así se usó la expresión “o limpiamos el baño o nos querellamos”. Este relato es consistente con las entrevistas realizadas.

6.1. Quién cuida a los cuidadores. Son huérfanos de padre y madre. El efecto en el sistema

Uno de los temas que surge de las entrevistas son las condiciones laborales de los y las profesionales que trabajan con víctimas de VCM. Una entrevistada, ex profesional de centro de atención a víctimas, señaló:

se hace intervención en crisis. Sí, el agresor puede llegar al centro de la mujer, llega, el agresor llega, no es algo que sea imposible [...] Aparte del hacerse cargo, yo creo que lo más crudo del trabajo del centro de la mujer, hablándolo por haberlo vivido, son las mujeres con riesgo vital que tienes que ingresar a casas de acogida o que tienes que ir a buscarlas a la casa, tú sola, con un taxi y sacarla de la casa donde está el agresor, la familia del agresor. Muy pocas veces va Carabineros, entonces ese es un riesgo permanente donde no hay ni un seguro ni nada.

La misma entrevistada continúa:

me recuerdo muy bien eso, que nos prestaban auto institucional para hacer algunas cosas, hasta que fuimos a ... a buscar a una mujer a una casa de acogida y nos agarraron a patadas el auto. El chofer municipal salió, metimos a la mujer y salimos arrancando. Lunes siguiente: no hay más auto, por la seguridad del auto. Me acuerdo de la violencia que sentí, estábamos nosotras y no, no hay más auto [...] es la sensación de que, no obstante la institución en que esté inmerso, el equipo que trabaja está totalmente desprotegido.

Efectivamente, la situación narrada por la profesional es otra forma de violencia.

Sin embargo, también se advierte que existe en algunas reparticiones preocupación por el tema del autocuidado. Un entrevistado lo expresó como la pregunta que formulara la presidenta Bachelet, ¿quién cuida a los que cuidan? Lo ven como “la declaración de buenas intenciones y no en planes concretos de seguimiento que tengan asociados recursos, evaluación, etcétera. Porque lastimosamente cuando uno habla de cuidado de equipo, se topa con condiciones estructurales de los servicios y esas condiciones estructurales son las que no están aseguradas para que sea posible [...] no soy muy amigo del concepto ‘cuidado de equipo’ porque creo que ya está suficientemente trastocado y manoseado y, en general, cuando uno habla de cuidado de equipo, ya los propios profesionales tienen asociado, y en general cualquiera, esta suerte de *briefing* de fin de semana, así como vamos a tomarnos algo afuera o hagamos algo distinto a la intervención que hacemos, y no pensar el cuidado de equipo como ese espacio”.

Lo que ven estas profesionales son respuestas puntuales y no medidas sostenibles.

Una de las explicaciones es la falta de continuidad en las políticas públicas que no están respaldadas por presupuestos con recursos adecuados para la prevención de la violencia contra las mujeres. El régimen de contratación y la tercerización de estas labores genera debilidad en los equipos, rezagando el deber de prevención.¹¹¹ Si hay más información para el público, algunos profesionales lo ven como una preocupación porque habrá mayor carga de trabajo a la cual no se podrá responder:

por ejemplo, mi compañera ahora pasó 2 meses buscando trabajo en otra parte porque le habían dicho que iba a trabajar hasta julio, pero ahora le dicen que va a trabajar hasta diciembre, pero no sabe si el 2019 va a tener trabajo. Si vemos lo que pasó en el gobierno anterior de Piñera, lo más probable es que no haya prevención entre el 2019 al 2022, y el 2022 con el gobierno nuevo, un gobierno de centro izquierda, vuelva la prevención. Eso, no hay una seguridad laboral.

111 CEDAW, Recomendación General No 35, párr. 30.

Profesionales de otros servicios agudizan también su mirada en este punto, ven desdibujada la tarea de prevención, la que debiera comenzar, como señaló una fiscal, desde la educación básica.

La precarización también se aprecia en las condiciones de infraestructura y materiales para desarrollar las tareas: no hay gas para la estufa, se pasa frío o calor, los espacios son muy pequeños para la demanda de atención, una profesional señalaba que ella llevaba su propio notebook, que faltaba tinta para las impresoras, otro que indicaba cómo buscaban dinero de alguna parte también para la impresora. Sobre esas condiciones materiales, un fiscal señaló, que eso le recordaba a la precariedad, en algunos casos peor, de las corporaciones de asistencia judicial donde futuros abogados y abogadas deben hacer su práctica profesional.

7. UNA DEFICIENTE ACTUACIÓN POLICIAL, LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y ACOGIDA. LOS MITOS URBANOS QUE NO SON MITOS

El rol de las policías es central en la protección y la desidia o indiferencia puede tener altos costos para las víctimas. Como se analizó en la sección sobre la búsqueda de imputados y la deficiente respuesta para encontrarlos, las entrevistas de nuestros/as entrevistados/as dan cuenta de otros problemas. En ocasiones, las actuaciones policiales tienen en su base estereotipos sobre las mujeres que demuestran que pese a los años, la sensibilización con los funcionarios no ha sido suficiente. “Pensé que era un mito urbano”, fue una frase de un/a profesional de un CVM:

nosotros tenemos casos graves de mujeres que han llegado con lesiones en la cara... no sé, roja la cara porque le pegó un combo el agresor ..., al menos 3 o 4 casos, que han llegado a [esa comisaría] y no las dejan pasar y no les toman la denuncia y las mandan para la casa diciendo que no sean alharacas, que tienen que volver cuando estén sangrando pero no cuando tengan eso... Cosas que yo pensé que eran como de décadas anteriores y todavía pasan, porque hay carabineros que les dicen “ya pero, ¿qué hizo usted para que el tipo le haya hecho esto, o haya reaccionado como reaccionó”. Todavía pasa eso. Yo pensé que era casi un cuento, casi un mito.

La entrevistada añade frente a los mitos que no son mitos:

la consejera técnica con la cual debo pelear porque le dice a la patrocinada, “Sra. por esto quiere quebrar la familia...”.

El actuar policial respecto de las obligaciones que le impone la ley deja en evidencia las falencias para la protección de las víctimas lo cual es

particularmente grave cuando los fiscales han ordenado medidas de protección que la policía debe cumplir. Entre entrevistados algunos relatos se reiteran:

Es una cuestión que se ha repetido en varias comunas, y las mujeres nos comentan que de repente llega carabineros, o ... nunca hacen las rondas como corresponde, y llegan el día viernes y las hacen firmar como si hubiesen hecho todas las rondas. Y es permanente eso. Es permanente. No hacen las rondas pero hacen firmar como que si hicieron las rondas. Llamam al número del plan cuadrante, y no contestan nunca. La Comisaría xx es característica, aunque las mujeres llaman en casos de desacato, por ejemplo, el tipo está afuera, qué se yo, y varias veces les han dicho que no pueden ir porque no tienen personal o porque están ocupados en otro procedimiento, y les han dicho abiertamente que no es un caso grave para la comisaría, entonces no van a ir, o van a ir al final de los otros procedimientos.

El relato de dos fiscales, de jurisdicciones distintas, muestra las consecuencias y gravedad del incumplimiento del deber legal:

... respecto de las medidas de protección varias usuarias han referido que, como son rondas periódicas al domicilio, van y firman una vez a la semana o cada tres días pero, en el fondo, dejan de ser periódicas y pasan a ser con estos intervalos. Si uno dice 'mañana y tarde', pasaron tres días y firmaron mañana y tarde por tres días continuos. Nosotros les hemos hecho esas advertencias a los polis, generalmente diciéndoles 'Si en el intertanto a esta víctima le ocurre algo, yo voy a tener una certificación de que usted... O sea, ¿ella vino del más allá a firmarle? Porque usted tiene una firma completa, de toda una semana, en circunstancias que a lo mejor le ocurrió algo el día previo', y ellos se han ido alertando de la posibilidad de que finalmente algo ocurra, más que por una consciencia de protección real hacia el otro es casi una protección hacia sí mismo, más que tener la consciencia de que tengo que hacer esto porque de esa manera le puedo salvar la vida, es 'Bueno, ya, lo voy a tener que hacer porque me puede pasar esto', o sea, yo los tuve que asustar así. Y sí, efectivamente, en algunas ocasiones, uno esperaría que fueran menos pero, en situaciones límite, uno espera que ellos funcionen también de manera más comprometida y hay ocasiones en las que a evidentes víctimas con lesiones las mandan a constatar lesiones solas o teniendo al sujeto agresor.

Y relata una situación más grave donde Carabineros no desea hacerse cargo de la denuncia:

Me pasó en un caso de una señora que salió con lo puesto de la casa, con su niño más chico, su bebé, toma un taxi para que la saque del lugar, el taxista la saca del lugar pero este sujeto logra convencer a otro auto,

imagínate la escena, a otro auto, argumentando que esa mujer le había robado el hijo, entonces ese otro auto se compromete con este papá desesperado, lo sube al auto, se le cruza al taxi y el taxista abre las puertas, deja que el sujeto zamarree a la víctima, la víctima ahí le empieza a decir 'Pero no te lleses a mi hijo', etcétera, se transforma todo esto, la persona que lo había auxiliado con el auto logra cachar que, en el fondo que este sujeto la estaba persiguiendo. El taxista nuevamente sube a la señora, la lleva a la comisaría más cercana y en esa comisaría no le toman la denuncia porque la más cercana era la más cercana para el taxista, pero no donde habían ocurrido los hechos, entonces le dicen 'No, pero es que tiene que ir a la de allá', con la víctima prácticamente a pata pelá saliendo, entonces tú dices ahí, pero cójale la denuncia [...] Como que ahí tú ves toda esa escena y era grave, la escena de por sí era grave, estaba llena de estos incidentes, de gritos, de zamarreos, del auto, de que sale, y ella, además, visiblemente golpeada. Yo la fotografío el día lunes, estos hechos habían ocurrido el sábado, ella va el lunes a la fiscalía, la fotografío y tenía lesiones en su cara evidentes, eran evidentes, entonces no había forma de decir cómo nadie se pudo dar cuenta de que no era solo la alharaca de la señora, que la estaban zamarreando. Y logramos que se le tomara la denuncia porque, en definitiva, esta señora tenía la suerte de tener a una persona conocida en la fiscalía, entonces la llama [desde la comisaría] y le dice 'Sabe qué, carabineros no me quiere tomar la denuncia y quiere que yo salga de la unidad para otra unidad, y el gallo yo tengo miedo de que esté aquí afuera esperándome', y es la única manera como logramos que le acogieran la denuncia, que la llevaran a constatar lesiones, y todo porque hubo una intervención [desde la fiscalía con carabineros]."

Otro entrevistado complementa con otra historia:

yo me estaba acordando de un caso que es bastante más dramático ... esta es una víctima de violencia, de maltratos habituales básicamente, ella va a hacer una denuncia pero hace la denuncia y la denuncia llega al Tribunal de familia. Llega al tribunal y el tribunal ordena una medida de protección, que es que el imputado salga del domicilio en forma inmediata. Esa es la medida de protección, súper clarita. Bueno, llega el oficio a la unidad policial respectiva, yo me acuerdo muy bien de esto porque la verdad es que es de estos casos que te marcan la memoria, esto es un día jueves, van los funcionarios policiales al domicilio donde está el imputado y le dicen 'Oiga, usted tiene que irse y ahora, porque tiene una orden del tribunal que tiene que cumplir', y él les dice '¿Pero cómo me voy a ir ahora?', deben haber sido las 8:00-9:00 de la noche, 'es tarde, qué voy a hacer, no tengo adonde llegar a esta hora, denme hasta el sábado', 'El sábado vamos a venir al mediodía y si usted no se ha ido, lo vamos a llevar detenido por desacato'. Bueno, se quedó. Esta señora, a

todo esto, había hecho varias denuncias previas, y se quedó el individuo. La señora el día sábado sale a trabajar muy temprano, a las 7:00 de la mañana, y quedan sus dos hijos en la casa. Uno tenía 18 años y la chica 16. El sujeto lo que hace es cerrar con candado las puertas, rocía parafina, quema la casa y mueren los niños, el sábado en la mañana, antes de las 12:00. Obviamente el sujeto está condenado, perpetua calificada y todo lo que tú quieras pero, imagínate el daño que significó el no haber ejecutado en el momento, lo que tenían que ejecutar. A esa gravedad podemos llegar. Y eso lo usábamos como ejemplo cada vez que íbamos a la comisaría a dar charlas, 'Les doy este ejemplo y es un ejemplo real', les decía, 'pasó esto y esto y esto otro'. Obviamente, los funcionarios se fueron de la institución.

Profesionales del SERNAMEG se refieren a la capacitación que se ha hecho a funcionarios policiales, especialmente a partir del nuevo protocolo, sin embargo nos preguntamos por la eficacia de esas capacitaciones, o la profundidad con la cual logran desarrollarse. Los planes de mejora de las actuaciones de distintas reparticiones públicas requieren de mayores conocimientos y capacitación, pero este trabajo debe ser evaluado en forma constante.

Las respuestas de los funcionarios, según los relatos de estos entrevistados, que se suman a los antecedentes analizados sobre la protección y ubicación a los denunciados que se encuentran en las carpetas, muestra un eslabón perdido en el trabajo de investigación y protección a las víctimas. Si no se cuenta con una policía que realice una labor de apoyo sin estereotipos de género e inteligente, los esfuerzos por impactar en el sistema no tendrá un gran efecto.

Las debilidades de las actuaciones policiales ponen en riesgo la vida e integridad de las mujeres, y cuando se producen las agresiones ya no es posible volver atrás y reparar el daño causado.

CONCLUSIONES

El panorama descrito en esta investigación no resulta alentador después de más de casi dos décadas de instar por marcos normativos y políticas públicas que se hagan cargo de la violencia en contra de las mujeres en sus relaciones afectivas.¹¹² Se advierten esfuerzos concretos de parte de distintos actores, de hecho la colaboración del Ministerio Público es una muestra de ello. Sin embargo, hay agentes del Estado, ubicados en distintas reparticiones, que se resisten a cumplir adecuadamente con sus obligaciones. Esta resistencia expone a las víctimas, incumpliendo

112 La primera ley que se dictó fue la Ley 19.325 de 1994.

en algunos casos con sus deberes funcionarios y ciertamente comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado.

Es menester recordar que el éxito de una persecución penal es una obligación de medios, entendiendo que no siempre habrá una condena. De la misma manera, no será posible en todos los casos predecir la conducta humana, pero ello no significa que el Estado no adopte medidas cuando la vida y la integridad de las mujeres está expuesta a un riesgo cierto.¹¹³ Así también, la investigación y sanción de la violencia contra las mujeres depende de una serie de factores, del entendimiento de fiscales de lo que ello entraña, de la investigación y producción de evidencia de calidad. Todo ello muestra la integralidad en el cumplimiento de la obligación de diligencia debida. Es decir, el Estado debe desplegar una serie de acciones conducentes a una investigación eficaz y no la mera ritualidad de una tramitación y que jueces hagan una correcta valoración de la prueba desprovista de sesgos de género.

La investigación demuestra que las situaciones de violencia que viven las mujeres son muy distintas aunque hayan experiencias comunes y por lo mismo también difieren en sus razones para no desear continuar con un proceso penal. Se revela, a su vez, la existencia de grupos específicos, mujeres muy jóvenes, adultas mayores y mujeres en situación de discapacidad que deben ser una alerta para todo el aparato de justicia y el diseño e implementación de políticas públicas. Cuando el diseño de intervención no considera la especificidad de ciertos grupos de mujeres, los dispositivos de intervención resultan ineficaces.

Se observa con alarma la ausencia de protección en algunos de estos casos para mujeres que no cuentan con otras redes de cuidado y que no se realice un trabajo intersectorial para su protección. Si bien esta investigación se limita a los aspectos relativos a la investigación y persecución penal, resulta evidente una necesidad de trabajo intersectorial cuando el sistema de justicia penal no será suficiente para la protección de las víctimas. Por ello, es preocupante la situación de las adultas mayores, y las mujeres en situación de discapacidad.

Es un hecho alarmante también que de la revisión de una muestra de causas cerradas, el 84% de los denunciados no sea habido, y por ello no enfrente una investigación y eventual sanción penal. Ello da cuenta de un problema importante de ineficacia del aparato del Estado dado que en estos casos, a diferencia de otros delitos, son imputados conocidos y ubicables para la policía y la Fiscalía, debiendo contarse con las herramientas para ser notificados. La desidia o la negligencia de los agentes del Estado alienta, en forma directa o indirecta, la mantención de la impunidad y el descrédito del sistema de justicia para perseguir estos delitos.

113 CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, op. cit., párr. 31.

El tiempo que transcurre entre la denuncia y la tramitación de algunas causas muestra, en los hechos, una denegación de justicia para las mujeres, creando un ambiente de impunidad y deslegitimización de los mecanismos judiciales existentes. Por ello, la decisión de cierre de una investigación no es de responsabilidad de las víctimas y de su deseo o no de participar en el proceso, sino consecuencia de un sinnúmero de factores que juegan a favor del abandono del mismo. Los casos de violencia contra las mujeres, las causas que están a la base de la misma, como es la subordinación, exigen respuestas globales pues, como hemos visto, la dependencia económica, la lucha de muchas mujeres por asegurar el pago de pensiones de alimentos y una justicia de familia lenta, afectan de manera sustancial en estos resultados.

Uno de las importantes obligaciones que impone la Convención Belém do Pará, es que haya acciones de parte de agentes del Estado, como Carabineros de Chile, que protejan a las víctimas. Cuando incumplen con su deber legal de protegerlas, están poniendo en riesgo sus vidas, la integridad de esas mujeres, su derecho a la libertad de circulación, entre otros, y comprometen la responsabilidad internacional de nuestro país. La falta de implementación adecuada y la ausencia de supervisión de las medidas de protección a favor de las víctimas constituyen incumplimientos al derecho internacional de los derechos humanos por los actos y las omisiones de agentes del Estado.

Es labor del Ministerio Público contar con claros protocolos de búsqueda para la notificación de denunciados e imputados que permitan una persecución penal eficaz. El incumplimiento flagrante de algunos policías, ante la pasividad de fiscales configura una violación al acceso a la justicia para las mujeres, conforme al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

No basta una ley, sino se requiere instalar dispositivos a distinto nivel que permitan proteger a las víctimas, asegurar su acceso a la justicia y repararlas. La discusión sobre el perfeccionamiento de distintos cuerpos legales solo podría tener un alcance limitado si no se acompaña del fortalecimiento de la política pública, pues la eficacia de las normas se prueba en la implementación de las mismas a través de distintos dispositivos incluyendo las actuaciones de los operadores del sistema de justicia y quienes colaboren con él. Así, la propuesta de adoptar una ley general de violencia de género contra las mujeres, Boletín 11.071, actualmente en tramitación en la Cámara de Diputados, permitirá salvar algunos vacíos, pero la prueba de fuego estará en su puesta en marcha.

Las políticas públicas de atención a víctimas, pese al intento de mejoras, siguen desfinanciadas, y el costo de la falta de recursos impacta en las mujeres y también en los profesionales que deben realizar su trabajo. Significa, entre otras cosas, que los centros de violencia contra

la mujer muestran una alta rotación de profesionales. Por lo mismo, se hace necesaria una capacitación constante de profesionales, porque aquellos con más experiencia tienden a dejar esos puestos de trabajo, y con ello hay un menor impacto en la tarea de colaborar en la investigación, sanción y reparación a las víctimas.

Una política pública que descansa en la precariedad laboral no es digna ni para las usuarias del sistema ni para los profesionales que se comprometen con su trabajo. En este sentido, el Comité de la CEDAW, hace un llamado a los Estados a asegurar los fondos públicos para enfrentar la violencia en contra de las mujeres, pues sin inversión solo se debilitan las respuestas del Estado.¹¹⁴

Así en las áreas de atención y reparación a víctimas se deben considerar las particularidades de las mujeres, ya que hay necesidades distintas. Sea esto desde las políticas de persecución penal, las de intervención y apoyo a las víctimas. Son de especial preocupación las muertes de mujeres adolescentes y de las mujeres de la tercera y cuarta edad. Es menester que el Estado desarrolle planes de prevención y educación y asegure condiciones para una vida digna y sin violencia, especialmente respecto de mujeres en situación de discapacidad y en la cuarta edad.

Una política de reparación común a todas las mujeres puede servir a un tipo de mujeres excluyendo a otras. La CIDH ha señalado que la política pública debe tener enfoques diferenciados, pues hay ciertos grupos de mujeres que experimentan necesidades especiales conforme al contexto en que viven.¹¹⁵ Así, el sistema puede establecer los distintos tipos de violencia y victimarios, como ha quedado demostrado con la revisión de carpetas investigativas y sentencias por femicidio. Debe existir una especial preocupación por las víctimas respecto de perpetradores contumaces en relación a los cuales el estudio revela la incapacidad del aparato del Estado –sean policías, fiscales o tribunales– de controlar sus ilícitos.

Los datos relativos a consumo de alcohol y drogas entre los victimarios también deben ser una señal de alarma, pues las políticas de intervención en violencia resultan parciales sin recursos públicos suficientes que aborden la integralidad de los fenómenos de criminalidad.

RECOMENDACIONES

En base a los antecedentes previos y las conclusiones alcanzadas se recomienda al Estado:

114 CEDAW, *Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer*, op. cit. párr. 7.

115 CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, p. 128.

1. Contar con protocolos de búsqueda para la ubicación y notificación de denunciados e imputados a fin de asegurar su comparecencia en los procesos en su contra y reducir el número de casos con imputados no ubicables. Todo ello para garantizar el acceso a la justicia a través de métodos idóneos y eficientes a las víctimas de violencia para llevar a los presuntos autores ante la justicia, de manera justa, imparcial, oportuna y rápida e imponer sanciones adecuadas, (Recomendación General No 35 de la CEDAW, párrafo 32 a).
2. Contar con protocolos que sirvan de guías para discernir bajo qué contextos una causa debe seguir adelante, independiente de la decisión de la víctima a fin de desarrollar investigaciones oportunas, completas e imparciales sin sesgos de género conforme a la obligación de debida diligencia.
3. Establecer líneas de trabajo, protocolos operativos y coordinaciones con otros servicios públicos para asegurar la protección y reparación a las mujeres cuando la intervención judicial penal no pueda brindar todos los apoyos necesarios para satisfacer las necesidades de las víctimas, considerando sus edades, situaciones de discapacidad, o cualquier otra condición que las sitúe en una situación de mayor vulnerabilidad.
4. Asegurar en los presupuestos públicos continuidad en las políticas públicas de prevención, apoyo y reparación a las víctimas en un régimen de condiciones laborales dignas como lo ha establecido el Informe sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007, párrafo 298 letra 1).
5. Contar con información estadística sistematizada, homologable entre distintas reparticiones públicas, desglosando la información de la Ley 20.066 que presenta la Fiscalía por el tipo de relación, todo lo cual permitirá hacer diagnósticos más acertados y diseñar políticas públicas en base a la evidencia. Como señala la Recomendación General No 35 de la CEDAW, párrafo 34 b), el propósito es la identificación de errores y mejorar las medidas de prevención.
6. Diseñar planes de capacitación continua para las fuerzas policiales y fiscales, con sistemas de evaluación de sus programas y que incluya a todos los operadores del sistema de justicia y sus colaboradores de conformidad al párrafo 30 letra e) de la Recomendación General Número 35 de la CEDAW.
7. Instruir sumarios administrativos a los funcionarios que incumplan su deber de protección a las víctimas.

UNA LEY DE MIGRACIONES CON UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS¹

*“Nunca estamos quietos,
somos trashumantes, somos
padres, hijos, nietos y bisnietos de inmigrantes.
Es más mío lo que sueño, que lo que toco;
yo no soy de aquí, pero tú tampoco.
Yo no soy de aquí, pero tú tampoco.
De ningún lado del todo
y de todos lados un poco”.*

“En Movimiento”, Jorge Drexler

1 Capítulo escrito por Francisca Vargas Rivas. Se agradece el apoyo de Camila Huenuqueo, Imahue Muñoz y Mariana Sandoval, ayudantes de investigación del presente capítulo. Además, van nuestros agradecimientos a Catalina Martínez por colaborar en la realización de solicitudes de acceso a la información pública.

SÍNTESIS

El presente capítulo pretende realizar un estudio exhaustivo del proyecto de ley de migración y extranjería actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional. Este análisis contrasta las normas del mencionado proyecto de ley con los estándares internacionales en la materia, teniendo en cuenta la normativa actual y la regulación administrativa y práctica existente, recomendando lineamientos en cada punto que permitan tener una ley de migraciones con un verdadero enfoque de derechos humanos.

SENTÈZ

Nan chapit sa nou fe yon etid aprofondi sou kesyon proje lwa migrasyon ak etranje yo ki nan posesis depi anvan kongre nasyonal la. Analiz sa montre ke reg ak lwa ki nan proje sa diferan ak nom estanda entenasyonal la mande sou kesyon sa. Tèni kont sou sou nom aktyel ak kontrol ak Pratik ki egziste nan administrasyon an. Chak pwen yo dwat avek tout verite ki chita sou dwa moun.²

PALABRAS CLAVES: ley de migración, derechos de los migrantes, extranjeros, no discriminación.

2 Agradecemos a Florence Alssaint por su valiosa contribución en la traducción al idioma kreyòl de la síntesis de este capítulo.

INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo globalizado, donde hay más de 244 millones de personas que viven fuera del país del cual son nacionales.³ De este número, actualmente hay alrededor de 28,5 millones que se han desplazado a causa de la persecución, la violencia o la guerra,⁴ siendo solicitantes de asilo o refugiadas. En relación con esto, se ha planteado que debemos redefinir la migración forzada bajo los estándares de los derechos humanos, comprendiendo no solo a los grupos anteriores, sino también a aquellas personas que han salido de su país de nacionalidad o lugar de residencia habitual hacia otro por la vulneración a sus derechos humanos en un sentido más amplio.⁵

Sobre la base de lo anterior, tenemos que entender la migración como un fenómeno natural imparable. No va a detenerse en el mundo ni en Chile, país inmerso en un flujo migratorio conocido como “migración sur-sur”, que consiste en los movimientos de personas desde un país perteneciente al sur global, es decir, subdesarrollado o en vías de desarrollo, hacia otro con las mismas características.⁶ Esta migración se da, además, en un contexto latinoamericano, donde personas de diversos países pertenecientes al sur global elegirán a Chile como destino, al figurar como una nación con una de las economías de mayor crecimiento en Latinoamérica, con una importante reducción de la pobreza⁷ y con un alto índice de desarrollo humano⁸ y de paz social.⁹

3 Documento de Naciones Unidas A/71/L.1, 2016. *Declaración de Nueva York para los migrantes y refugiados.*

4 ACNUR. *Tendencias globales desplazamiento forzado en 2017, 2018.*

5 Susan Gzesh. “Una redefinición de la migración forzosa con base en los derechos humanos”. *Migración y Desarrollo*, (10), 2008, Red Internacional de Migración y Desarrollo México, pp. 97-126, Red Internacional de Migración y Desarrollo México.

6 OIM, *La migración sur-sur: asociarse de manera estratégica en pos del desarrollo*, Ginebra, 2014.

7 Índice disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/country/chile/overview>.

8 PNUD, *Informe sobre desarrollo humano*, 2016. Visto en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2016_report_spanish_web.pdf

9 Global Peace Index, 2018, *Vision of Humanite*. Visto en: <http://visionofhumanity.org/app/uploads/2018/06/Global-Peace-Index-2018-2.pdf>

De hecho, en Chile, según los datos del Censo 2017, la cantidad de personas migrantes en el país alcanzaba las 746.465, número que ha aumentado a 1.100.000 personas, según las estimaciones internas del actual gobierno.¹⁰ La cifra del Censo 2017 anteriormente mencionada, da cuenta de que la población migrante en Chile sería de un 4,35%, lo que nos muestra un aumento de la población migrante, pues la cifra de 1992 correspondía solo a un 0,81% de la población total. Al respecto, la CEPAL ha señalado que Chile es el país que presentó una mayor tasa de crecimiento de migración en Latinoamérica entre 2010 y 2015.¹¹

En este contexto, es primordial tener normativas de migraciones que respeten, protejan y promuevan los derechos humanos de las personas migrantes. La elección entre distintas opciones de herramientas de política migratoria, va a tener repercusiones que permitirán –o no– cumplir el fin anteriormente mencionado.

Chile es el país con la normativa migratoria más antigua de toda la región y corresponde al Decreto Ley 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros, y a su reglamento, el Decreto Supremo 597, de 1984. Ambos cuerpos normativos fueron diseñados en época de dictadura. El Decreto Ley 1.094 no contiene un catálogo de derechos humanos y deja un amplio espacio de discrecionalidad para la administración que, sin el control adecuado, puede transformarse, y lo ha hecho, en arbitrariedad. El decreto ley tiene una visión de la migración centrada en la seguridad nacional y ha sido catalogado como inadecuado y retrógrado.¹² En razón de lo anterior, distintas instituciones y organizaciones de la sociedad civil hemos estado instando a los gobiernos de turno, del último tiempo, a presentar, discutir y aprobar un proyecto de ley sobre la materia, que contenga un enfoque de derechos humanos.¹³

En 2013, el gobierno del presidente Sebastián Piñera, durante su primer mandato, presentó un proyecto de ley de migración y extranjería, mediante Boletín 8970-06, una promesa incumplida de la administración inmediatamente anterior de la presidenta Michelle Bachelet. Este proyecto fue blanco de diversas críticas por mantener una mirada economicista y securitista de las migraciones.¹⁴ El proyecto presentó

10 Emol.cl: "Extranjeros en Chile superan el millón 110 mil y el 72% se concentra en dos regiones: Antofagasta y Metropolitana". 9 de abril de 2018.

11 CEPAL/OIT, *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe, la inmigración laboral en América Latina*, 2017.

12 Esto se menciona, por ejemplo, en capítulos sobre derechos humanos de los migrantes y refugiados, en *Informes* 2010, 2012 y 2013 del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

13 Solo a modo de ejemplo, ver noticias en: La Tercera.cl: "Institucionalidad y ley anticuada son los principales problemas", 24 de mayo de 2017; Diario U. de Chile.cl: "Extranjeros en Chile: urge una nueva ley migratoria", 22 de febrero de 2018.

14 Helena Olea, "Refugiados en Chile: análisis de la Ley 20.430 y su reglamento", en Alberto Coddou (ed.), *Informe* 2012, Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 111-130.

movimientos hasta septiembre de 2014, y luego permaneció “dormido” hasta que se le dio un nuevo impulso en marzo del presente año, al ingresar en tramitación ante la Comisión de gobierno interior, nacionalidad, ciudadanía y regionalización. De todas maneras, debemos mencionar que en 2017, a fines del segundo mandato de la presidenta Bachelet, se presentó un nuevo proyecto de ley de migraciones, mediante Boletín 11395-06, el cual tuvo movimientos hasta enero de 2018, y fue también objeto de críticas.¹⁵

El presente capítulo pretende realizar un estudio exhaustivo del proyecto de ley de migración y extranjería actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional. Este análisis contrasta las normas del mencionado proyecto de ley con los estándares internacionales en la materia, teniendo en cuenta la normativa actual y la regulación administrativa y práctica existente, recomendando lineamientos en cada punto que permitan tener una ley de migraciones con un verdadero enfoque de derechos humanos.

1. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS

En esta parte del presente capítulo del *Informe*, analizaremos el proyecto de ley de migración y extranjería (en adelante, “el proyecto de ley”) a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos sobre la materia, según fue explicado precedentemente. Este estudio se hará en relación a seis aspectos, que se precisan a continuación: 1) ingreso al territorio nacional y prohibiciones de ingreso; 2) principio de regularización migratoria y no criminalización de la migración; 3) permisos de residencia; 4) acceso a derechos; 5) debido proceso y expulsiones, y 6) grupos en especial situación de vulnerabilidad.

A efectos del estudio, es importante tener presente que el texto del proyecto de ley analizado es aquel que contempla las indicaciones realizadas al mismo mediante oficio 008-366, del 9 de abril de 2018. Por lo tanto, la numeración de los artículos es aquella que se obtiene luego de incorporar al proyecto de ley las mencionadas indicaciones.

En este capítulo, por motivos de extensión, no realizaremos un análisis en profundidad de la institucionalidad migratoria. Baste mencionar

15 Por ejemplo, ver Economía y negocios.cl: “Coordinadora de inmigrantes critica falta de información sobre proyecto de ley”, 21 de agosto de 2017. Además se manifestaron críticas al mencionado proyecto de ley por ejemplo en: La Tercera.cl: “Nueva ley de migraciones: ¿hacia dónde transitamos?”, 4 de septiembre de 2017, (opinión de Francisca Vargas, visto en <http://www2.latercera.com/voces/nueva-ley-migraciones-hacia-donde-transitamos/>). Misma opinión se manifestó en conjunto con otras Clínicas Jurídicas, en documento entregado a la Comisión de gobierno interior, nacionalidad, ciudadanía y regionalización, el 12 de octubre de 2017, disponible en: <https://www.camara.cl>.

que los Estados pueden decidir el mecanismo que les acomode para el manejo de los flujos migratorios hacia su territorio, aunque no debiera ser cualquiera, sino uno respetuoso de los derechos humanos de las personas. Así, el proyecto de ley otorga la administración de las migraciones a un Servicio Nacional de Migraciones, sin perjuicio de delegar otras funciones al Ministerio del Interior y a la Subsecretaría del Interior. Mientras tanto, en la actualidad es el Ministerio del Interior el organismo encargado de la administración de las migraciones, a través del Departamento de Extranjería y Migración (DEM, en adelante), el cual delega algunas funciones en las intendencias regionales y en las gobernaciones provinciales. En cuanto a las funciones de control fronterizo de las migraciones, así como en relación al egreso de personas extranjeras y la ejecución de las medidas de expulsión del territorio nacional, estas se mantienen, en principio, en la Policía de Investigaciones de Chile (PDI).

1.1. Ingreso al territorio nacional y prohibiciones de ingreso

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) señala en su artículo 13 N° 2 que “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) prescribe, en su artículo 22 N° 2, que “toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”. Esto es el derecho a la libre circulación del cual es titular toda persona e implica, en principio e indiscutidamente, que toda persona es libre de salir de cualquier país. Frente a la entrada en otra nación, es dable señalar que los Estados tienen la facultad de decidir quién ingresa y quién no a su territorio. Ahora bien, paulatinamente se han ido desarrollando limitaciones a la facultad del Estado de determinar quién ingresa a su territorio, en el entendido de que los derechos humanos de las personas son un límite a esta o, como lo señala la Constitución Política de la República chilena, “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Al respecto, recordemos que la igualdad ante la ley, derecho consagrado por ejemplo en el artículo 24 de la CADH, prohíbe toda distinción que sea efectuada por el mero capricho, lo que vendría siendo una discriminación arbitraria. En este sentido, y en relación a las migraciones, la opinión consultiva N° 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de 2003, ha señalado que: “Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el

respeto y la garantía de los derechos humanos. Como ya se señaló [...], las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables”,¹⁶ agregando que: “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos”.¹⁷

Por lo tanto, los Estados deben permitir el ingreso de personas a su territorio de una manera racional, justa e igualitaria, sin discriminaciones arbitrarias. Esto significará no imponer requisitos, visados o normativas, o permitir o tolerar prácticas que resulten discriminatorias.

Teniendo en cuenta los estándares anteriores, corresponde referirse a las normativas de ingreso al territorio nacional en el proyecto de ley estudiado. En él, se mantiene un sistema de ingreso al país basado en prohibiciones imperativas y facultativas de ingreso, tal cual está establecido hoy por el Decreto Ley 1.094.

Así, en el artículo 27 del proyecto de ley, encontramos las razones imperativas por las cuales se debe denegar el ingreso al territorio nacional a extranjeros, que afectan a aquellos que:

1. Posean antecedentes acreditados de conformidad a la legislación de sus respectivos países o registrados en la Organización Internacional de Policía Criminal, de pertenecer o financiar a movimientos o grupos terroristas o los que ejecuten o hayan ejecutado hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior;
2. Padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria ha determinado que constituyen causal de impedimento de ingreso a Chile;
3. Intenten ingresar o egresar del país, o hayan ingresado o egresado, por un paso no habilitado, eludiendo el control migratorio o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, en los cinco años anteriores;
4. Tengan registrada una resolución de prohibición de ingreso, administrativa o judicial, mientras no se revoque o caduque la medida;
5. Hayan sido condenados en Chile o en el extranjero por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes o armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, lesa humanidad y genocidio, femicidio, parricidio, violación, secuestro, pedofilia,

16 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párr. 168.

17 *Ibid.*, párr. 172.

- producción de material pornográfico infantil, promoción o facilitación de la prostitución infantil, o se encuentren con procesos judiciales pendientes en el extranjero por dichos delitos;
6. Hayan sido sancionados con medidas de prohibición de ingreso o tránsito mediante una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y,
 7. No cumplan los requisitos de ingreso establecidos en esta ley, su reglamento y en los decretos respectivos que fijan las Categorías Migratorias.

En cuanto a las prohibiciones facultativas por las cuales se puede impedir el ingreso a personas extranjeras, el artículo 28 del proyecto de ley señala que se podrán ejercer frente a personas que:

1. Realicen o hayan realizado actos que puedan alterar las relaciones bilaterales con algún país, o sus gobernantes, con el cual Chile mantenga relaciones diplomáticas o consulares;
2. Hayan sido condenados en el extranjero en los últimos 10 años por actos que la ley chilena califique de crimen; o en los últimos 5 años por actos que la ley chilena califique de simple delito; se encuentren con procesos judiciales pendientes en el extranjero; o se encuentren prófugos de la justicia;
3. Registren antecedentes policiales negativos en los archivos o registros de la autoridad policial, sean propios o canalizados a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL);
4. Hayan sido condenados en Chile por crimen o simple delito, cuya pena no esté prescrita, o no haya sido efectivamente cumplida, exceptuando aquellos casos en que deban reingresar al país para efectos de dar cumplimiento a la condena;
5. Hayan sido expulsados o deportados de otro país por autoridad competente, por actos que la ley chilena sancione con la expulsión o deportación.
6. Realicen declaraciones o presenten documentación falsa o adulterada ante la autoridad contralora.

En cuanto a estas razones facultativas, se indica que la Policía de Investigaciones podrá permitir el ingreso previa autorización del Servicio Nacional de Migraciones, cuestión que debe consultar de forma inmediata. Se precisa, además, que la Subsecretaría del Interior podrá dictar instrucciones generales señalando los casos y condiciones en que la autorización previa no será necesaria.

Lo primero, es señalar que hay un claro avance entre la consagración de las prohibiciones de ingreso imperativas y facultativas en el proyecto

de ley, en comparación con la forma en que está prescrito en el Decreto Ley 1.094. En este último, encontramos prohibiciones de ingreso obligatorias bastante discriminatorias y arbitrarias, por ejemplo, para “los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas”.¹⁸ Además, nos parece adecuado incorporar una cantidad de tiempo en el numeral 3 de las prohibiciones de ingreso imperativas ya que, de lo contrario, la prohibición de ingreso para alguien que alguna vez tuvo una entrada clandestina al país sería perpetua. Así, en principio, el proyecto de ley establece que solo se impedirá el ingreso, en este caso, si la falta fue en los 5 años previos. Sin perjuicio de lo anterior, a pesar de esta norma, existe otra, la del artículo 125, que da pie para que, en todo caso, la prohibición de ingreso pueda ser indefinida. A esto nos referiremos más adelante en el acápite sobre debido proceso y expulsiones del país.

Con respecto a las prohibiciones de ingreso imperativas, es dable aceptar que desde la soberanía estatal cada país pueda impedir el ingreso en situaciones graves como las descritas. Sin perjuicio de lo señalado, en el numeral 5 del artículo que establece estas prohibiciones de ingreso, consideramos que no es adecuado prohibir la entrada a personas con procesos judiciales pendientes si es que no tienen medida de arraigo nacional en su país o no son buscados por la justicia. Esto porque, de lo contrario, se asume una consecuencia para la persona sin que la misma haya sido declarada culpable. Asimismo, el numeral 7 es, a nuestro juicio, demasiado amplio, pues podría implicar la denegación del ingreso al país por temas relacionados con el sustento económico, cuestión que, al igual como ocurre hoy con el D.L. 1.094, no se encuentra desarrollada o explicada en el proyecto de ley. En el presente, las personas que ingresan al país como turistas deben acreditar su sustento económico ante el funcionario de policía internacional (PDI), solo si este lo requiere.¹⁹ No se establece cuánto dinero es suficiente, por lo

18 Artículo 15 N° 1 D.L. 1.094.

19 Ver artículo 44 inciso 2 del D.L. 1.094. En relación con esto, es pertinente señalar que, según cifras de PDI, el año 2017 ingresaron al país un total de 9.138.685 personas extranjeras, egresando del país un total de 8.118.025. Esta información fue obtenida mediante respuesta a solicitud de acceso a la información N° AD010T0004294. Asimismo, durante 2016, de 5.829 rechazos de ingreso en frontera, 4.447 fueron por “no acreditar la calidad de turista” u “otros motivos”. Durante 2017, 8.258 fueron los rechazos por este motivo, de un total de 9.914. En lo que va de 2018, es decir, entre enero y mediados de junio, ya se habían producido 6.230 rechazos en frontera, de los cuales 5.320 fueron por estas causales. Esta información fue obtenida mediante respuesta a solicitud de acceso a la información a PDI N° AD010T0004460, de fecha 25 de junio de 2018. En esta información, los otros motivos desglosados para prohibir la entrada al país son: no contar con documentación idónea o adecuada, tener una prohibición de ingreso, poseer antecedentes penales, o tener una medida de expulsión.

que queda al arbitrio del policía de turno. En la práctica, hemos escuchado de relatos en donde a las personas les piden un monto un día y, al día siguiente, otro funcionario les solicita otro mucho mayor o menor. También hay casos de personas a las que no las han dejado ingresar al país por su color de piel o por no tener familiares en Santiago.

Ahora bien, el problema mayor se presenta con las causales facultativas, en donde, primero, no existen criterios claros en relación a cuándo se ejercerán o no dichas facultades, dejando la opción al arbitrio de la autoridad policial de turno. Además, al analizar las causales una por una, nos damos cuenta de que algunas de ellas son, derechamente, inadecuadas. Por ejemplo, la causal del numeral 2, en la parte que guarda relación con personas con procedimientos judiciales pendientes, por crímenes o simples delitos cometidos en país extranjero, sin ser prófugos de la justicia, atenta directamente con la idea de que una persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, y, en consecuencia, se le aplica una suerte de sanción al no permitírsele el ingreso al país. Sin embargo, y para ser justas, debemos resaltar positivamente el que se establezca un límite temporal para prohibir el ingreso por la comisión de crímenes o simples delitos (10 y 5 años anteriores, respectivamente), ya que a personas que hayan cometido estos ilícitos hace más tiempo que el señalado por la norma, se les permitirá el ingreso, no estando “castigadas” de manera perpetua.

Siguiendo con el análisis, la causal del numeral 3 es inaceptable. ¿Qué se entiende por antecedentes policiales negativos? ¿El hurto en un supermercado, con condena cumplida, será, por ejemplo, un antecedente policial negativo que impedirá que una persona ingrese a Chile? Por su parte, la causal del numeral 5 deja abierta la posibilidad para denegar el ingreso a una persona expulsada de otro país por motivos, por ejemplo, políticos, y la causal del numeral 6 permitiría denegar el ingreso a una persona por cualquier falta a la verdad ante la PDI, lo que incluye desde situaciones gravísimas a situaciones muy menores y sencillas como, por ejemplo, señalar que se tiene un familiar más cercano de lo que en verdad es (“es mi primo”, pero en realidad es un amigo de la familia).²⁰

Por lo anterior, consideramos que las causales facultativas son, en sí mismas, discriminatorias pues dan pie para ejercerlas en algunos casos y en otros no. Del análisis específico de cada una de las causales, en varias de ellas nos damos cuenta de que el argumento se confirma, al generar específicamente discriminaciones arbitrarias y situaciones que en forma injusta limitan la movilidad humana. Por lo anterior, recomendamos su eliminación. Junto con ello, sugerimos la revisión de las mismas y su eventual incorporación en las causales imperativas de

20 Esto es una práctica cultural que hemos observado en la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

prohibición de ingreso, siempre procurando entender por “libre tránsito” un derecho humano que implica un trato igualitario y la no afectación de derechos humanos tales como la presunción de inocencia o la doble condena por un mismo hecho.

1.2. Principio de regularización migratoria y no criminalización de la migración

El proyecto de ley consagra estos principios de manera más o menos específica, lo cual es un gran avance si lo comparamos con la legislación vigente, que nada dice sobre estos.

En el artículo 6 del proyecto de ley, bajo el nombre de “migración ordenada, segura y regular”, se establece que: “(...) Asimismo, el Estado promoverá que los ciudadanos extranjeros cuenten con las autorizaciones y permisos de residencia o permanencia necesarios para su estadía en el país y para el desarrollo de sus actividades, en conformidad con la legislación nacional”. De lo anterior, puede deducirse el principio de promoción de la regularización migratoria, derecho que tienen las personas migrantes, extraído, a su vez, del derecho a residir legalmente en un país, el cual nace del derecho a la circulación y residencia consagrado en el artículo 22 N° 1 de la CADH y artículo 12 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Esto nos parece muy adecuado y, al menos como enunciación de un principio, acorde a los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.

Al respecto,²¹ la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (CTMyF), ratificada por Chile, establece que “los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista”.²² Por otro lado, el Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes de Naciones Unidas destacó que “... la creación de oportunidades para regularizar la situación de migrantes no documentados constituye, a su juicio, una alternativa, basada en los derechos, a la gestión de la migración irregular sin recurrir a su penalización”.²³

21 Las ideas aquí mencionadas han sido tomadas de manera casi literal del documento *Pacto global para las migraciones, recomendaciones para un pacto con enfoque de derechos*, elaborado con aportes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Fundar Centro de análisis e investigación, Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF), Conectas, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y Asylum Access.

22 Artículo 69 de la Convención mencionada.

23 Naciones Unidas, A/65/222, 3 de agosto de 2010, párr. 56. Esto mismo ha sido reafirmado por el actual relator, quien llama a los Estados a pensar en mecanismos basados en derechos humanos antes de la expulsión o deportación, como es la regularización migratoria. Ver: <https://www.ohchr.org>.

Bajo los mismos estándares, encontramos el principio en virtud del cual se establece que las migraciones irregulares no deben ser criminalizadas. Al respecto, el mencionado relator destacó que “la penalización de los migrantes irregulares por encontrarse en un país sin la documentación adecuada hacía que todos los migrantes, independientemente de su situación de inmigración, fuesen potencialmente vulnerables a actos de racismo o xenofobia. Como consecuencia, los migrantes eran a menudo víctimas de brotes de xenofobia que daban lugar a abusos y actos de violencia”, agregando que el empleo de medidas penales en la gestión de la migración impide el acceso a derechos sociales básicos.²⁴

En el proyecto de ley, es el artículo 8 el cual establece este principio, señalando que “la migración irregular no es, por sí misma, constitutiva de delito”, cuestión que también es muy positiva. Este principio tampoco se encuentra establecido en el decreto ley 1.094.

Con todo, consideramos que, aunque la incorporación de estos principios es muy favorable, existe un desarrollo normativo a lo largo del proyecto de ley que no se condice con la promoción de aquellos principios, asunto que iremos analizando a lo largo de este capítulo. Por ahora, indicaremos que el impedir la regularización migratoria a una persona por haber ingresado al país por un paso fronterizo no habilitado, así como no permitir el acceso a salud, educación o seguridad social a personas en situación migratoria irregular, en igualdad de condiciones que otras personas migrantes y nacionales, y el no contemplar normas adecuadas que garanticen un debido proceso frente a las medidas de expulsión del país, no contribuyen a la promoción de la regularización migratoria y criminalizan la migración.

1.3. Permisos de residencia

Actualmente, según el Decreto Ley 1.094, el ingreso a Chile, para personas que no tengan una causal imperativa o facultativa de prohibición de ingreso, es, por regla general, fronterizo y como turista, sin necesidad de contar con un visado de turismo consular. Así lo establece el artículo 45 del decreto ley, permitiéndose con posterioridad el cambio de estatuto migratorio a otras calidades dentro del territorio nacional, tal cual prescribe el artículo 49 del mismo cuerpo legal.

Sin perjuicio de lo señalado, el mismo artículo 45 del decreto ley antes mencionado establece que, excepcionalmente y por razones de reciprocidad internacional o interés nacional, se pueden exigir, mediante decreto

24 Naciones Unidas, A/HRC/17/33, 11 de marzo de 2011, párr. 25, tomado de documento *Pacto global para las migraciones, recomendaciones para un pacto con enfoque de derechos*, elaborado con aportes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Fundar Centro de análisis e investigación, Comisión Argentina para los Refugiados y Migrantes (CAREF), Conectas, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y Asylum Access.

supremo firmado por los ministros del Interior y de Relaciones Exteriores, visados consulares obligatorios para nacionales de ciertos países. Actualmente, Chile impone la necesidad de visa consular de turismo simple a 103 países, de los cuales solo 5 pertenecen a América Latina y el Caribe: Cuba, República Dominicana, Haití, Dominica y Surinam.²⁵ El otorgamiento de estos visados corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores, organismo que se basa en el decreto ley para el otorgamiento o denegación de estos. Además, las personas que vengan por un motivo específico, por ejemplo, trabajo, estudios, o porque tengan un familiar en Chile, pueden solicitar el visado pertinente en el Consulado de Chile más cercano. Estos visados son los establecidos en el decreto ley.

El proyecto de ley, por su parte, permite también, conforme a su artículo 22, en relación con el artículo 39 y siguientes, el ingreso fronterizo bajo el título de “permanencia transitoria”, a toda persona que desee ingresar al país sin intenciones de establecerse, sin necesidad de contar con un visado de turismo consular. Esto vendría siendo lo mismo que el turismo actual, y seguiría similar mecanismo de ingreso, el cual sería por regla general, a través de frontera. Lo anterior, indica el mencionado artículo 22, salvo que por motivos de interés nacional, de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte los nacionales de un país en particular o por motivos de reciprocidad internacional, se exija respecto de los nacionales de determinados países una autorización previa o visa otorgada por un Consulado chileno en el exterior. Para establecer esta exigencia, el país en cuestión debe estar en un listado fijado mediante decreto supremo firmado por los ministros del Interior y Seguridad Pública y de Relaciones Exteriores, previo informe del Servicio Nacional de Migraciones y de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores.

Sin embargo, nos encontramos con una gran diferencia en cuanto a la posibilidad de cambiar de estatus migratorio dentro del territorio nacional, lo cual en el proyecto de ley no está permitido, conforme prescribe el artículo 50 del mismo. En razón de esto, una persona que ingresa como turista, ya sea por vía fronteriza —que seguiría siendo la regla general en relación a los flujos migratorios que tiene el país—,²⁶ o

25 Ministerio de Relaciones Exteriores: *Cuadro de visas y aranceles*. Disponible en: <https://minrel.gob.cl>.

26 Al respecto, como se señaló anteriormente, Chile impone necesidad de visado consular de turismo a personas provenientes de 103 países, sin embargo, solo 5 son de Latinoamérica. Por lo tanto, para el flujo migratorio existente en Chile, el cual es predominantemente latinoamericano, la regla general es no exigir visado consular. De 195.836 solicitudes de visa durante 2016, 181.020 correspondieron a personas de nacionalidades pertenecientes a América Latina y Haití, República Dominicana o Cuba. En 2017, de 275.226 solicitudes de visa, 259.687 fueron solicitudes de personas provenientes de las nacionalidades antes señaladas. Información obtenida de Ord. N° 15.794 de fecha 13 de junio de 2018, respuesta a solicitud de acceso a la información pública AB001W0008925.

con visa consular de turismo, no puede luego acceder a un tipo de visa distinto estando dentro del país. Lo que debe hacer es salir del país y dirigirse al Consulado de Chile en su nación de origen o de residencia habitual, solicitando desde allá un permiso de residencia temporal.

Por su parte, la residencia temporal es lo equivalente a lo que hoy conocemos como residencia temporaria y puede ser solicitada por cualquier persona extranjera que tenga el propósito de permanecer en Chile por un tiempo limitado desde el consulado chileno más cercano. El proyecto de ley, al igual que la normativa actual, señala algunos criterios de otorgamiento, en su artículo 61. Estos criterios son: acreditar tener vínculos de familia con chilenos o con residentes definitivos, que la estadía de la persona sea concordante con los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería, y otros casos debidamente calificados por la Subsecretaría del Interior.

Posteriormente, en su artículo 62 indica que las subcategorías migratorias serán definidas por un decreto supremo expedido a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y que deberá ser firmado por los ministros que conforman el Consejo de Política Migratoria establecido más adelante en la ley, el cual está presidido por el ministro del Interior e integrado, además, por los ministros de Relaciones Exteriores, de Hacienda, de Justicia y Derechos Humanos, de Desarrollo Social y de Salud.

De todas maneras, el proyecto de ley indica algunas categorías que deben estar presentes en el mencionado decreto, las cuales son: a) Extranjeros que acrediten tener vínculos de familia con chilenos o con residentes definitivos; b) extranjeros que ingresen al país a desarrollar actividades lícitas remuneradas, por cuenta propia o bajo relación de subordinación y dependencia; c) extranjeros que se establezcan en el país con el objetivo de estudiar en establecimientos educacionales reconocidos por el Estado; d) trabajadores de temporada, que ingresen al país por períodos limitados, único o interanuales, a fin de realizar trabajos estacionales específicos; e) los que se encuentren sujetos a la custodia de Gendarmería de Chile, tales como los que estuvieren cumpliendo de manera efectiva su pena privativa de libertad por sentencia firme y ejecutoriada, incluyendo aquellos que se encuentren con permisos de salida según lo dispuesto en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios; los sometidos a prisión preventiva; los sujetos a libertad vigilada y los que estuvieren cumpliendo su pena de conformidad a lo dispuesto en la Ley 18.216; f) quienes se encuentren en Chile por orden de tribunales de justicia chilenos, mientras sea necesario para el adecuado desarrollo del proceso judicial en que son parte; g) extranjeros cuya residencia en Chile se justifique por razones humanitarias y h) extranjeros acogidos a acuerdos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, que concedan residencia temporal.

El proyecto de ley señala que los residentes temporales podrán desarrollar actividades remuneradas, salvo que la subcategoría migratoria de la cual son poseedores no lo permita, y que se podrán otorgar permisos de trabajo provisorio por parte del Servicio Nacional de Migraciones.

Continúa el proyecto de ley señalando que las víctimas del delito de trata de personas también pueden solicitar un permiso de residencia temporal y, agrega más adelante, que este permiso puede ser solicitado en calidad de titular o de dependiente.

Al respecto, podrán ser dependientes de la visa del titular el cónyuge o conviviente civil del residente temporal, los hijos del residente temporal, de su cónyuge o conviviente civil, siempre que sean menores de 18 años o se trate de personas con discapacidad, y los hijos mayores de 18 años, pero menores de 24, siempre que estén estudiando en una institución educacional reconocida por el Estado.

Se señala que los dependientes estarán habilitados para realizar actividades remuneradas, aunque de todas formas, el titular de la visa de residencia temporal deberá acreditar actividad económica o ingresos estables que permitan la manutención de quienes postulen a la residencia temporal en calidad de dependientes suyos. El proyecto de ley indica, además, que las personas que tengan la calidad de dependientes, podrán cambiar a calidad de titulares de la manera en que lo establezca el reglamento de la ley.

El decreto mencionado más arriba, también establecerá las condiciones para que una persona cambie de categoría dentro de la residencia temporal.

Este visado permite, luego, la postulación a la residencia definitiva –que es lo que hoy conocemos como permanencia definitiva–, solo si la subcategoría migratoria de la cual la persona es titular lo admite, circunstancia que será definida en el decreto anteriormente mencionado. La residencia definitiva es el permiso para radicarse indefinidamente en Chile, que autoriza a la persona para desarrollar cualquier actividad lícita, y quienes posean la residencia temporal podrán solicitarlo luego de haber residido en el país por al menos 24 meses, plazo que puede ser ampliado por hasta 48 meses por decreto supremo firmado por el ministro del Interior “por orden del presidente de la República”, o disminuido a 12 meses, en atención a ciertos antecedentes mencionados en el artículo 71 del proyecto de ley.

Los ascendientes en línea recta de los extranjeros que alcancen la residencia definitiva, o los de su cónyuge o conviviente civil, podrán también postular a esta residencia, siempre que estén bajo su cuidado o manutención y que acrediten poseer medios económicos para ello. El proyecto de ley precisa, también, cómo los dependientes pueden postular a la residencia definitiva, e indica que existirá el otorgamiento de esta residencia por gracia, cuyos criterios se establecerán en el reglamento de la ley.

Lo anterior es, a grandes rasgos, el sistema de visados que establece el proyecto de ley, al cual, para un mejor análisis, debemos agregar la existencia por vía administrativa, de otros visados. En la sección de actualidad sobre “cambios en política migratoria” del presente *Informe*, se menciona que, en abril de 2018, el Presidente de la República anunció una serie de medidas administrativas con efecto inmediato, entre las cuales se encuentra la creación de nuevos visados de turismo y de residencia, que, en principio, seguirían vigentes una vez aprobado el proyecto de ley. Entre las visas de residencia, se creó la visa humanitaria de reunificación familiar para las personas provenientes de Haití, la visa de responsabilidad democrática para las personas nacionales de Venezuela, la visa temporaria de orientación nacional, la visa temporaria de orientación internacional y la visa temporaria de oportunidades. Las dos primeras fueron analizadas en la mencionada sección, y en lo que respecta al presente análisis, nos referiremos solo a la visa temporaria de oportunidades.

La visa temporaria de oportunidades es un visado temporario o temporal de carácter consular, tal cual lo serían todos los demás visados temporales de acuerdo al proyecto de ley, el cual puede ser solicitado en un consulado del país en el exterior, por cualquier persona extranjera que quiera trabajar o emprender en Chile. El visado tendrá una duración de 12 meses, prorrogable por una vez, y comenzó a regir el 1 de agosto de 2018. Aunque no hemos tenido acceso al sustento normativo de este visado, si hemos podido acceder a la explicación del mismo a través del sitio web del Departamento de Extranjería y Migración.²⁷ Así, el sistema es, básicamente, el siguiente: el permiso de residencia puede ser solicitado por personas que deseen tener un trabajo de subordinación y dependencia (trabajadores) y por personas que quieran emprender (emprendedores). Para los primeros, que es a quienes nos referiremos en este capítulo, en una etapa inicial, hay 3.000 visados disponibles hasta el 30 de noviembre de 2018, los cuales se asignarán por puntaje obtenido por la persona en su postulación a la visa, en orden de prelación. Las personas que no accedan en una primera postulación, quedarán pendientes para la siguiente, previa ratificación de sus intenciones de solicitar la visa. Los puntajes son obtenidos en relación a los siguientes criterios, que están explicados en el documento: ocupación, región a la cual postulan, educación, idioma y edad. Se indica, además, que a este visado pueden postular profesionales, técnicos y personas con oficios acreditados (mediante documento legalizado o apostillado), dándosele prioridad a quienes conozcan el idioma español.

Dicho lo anterior, consideramos que el sistema de visados propuesto por el Ejecutivo en el proyecto de ley no es el más adecuado,

27 Información disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl>.

focalizándose nuestras críticas en la prohibición de cambio de estatuto migratorio dentro del territorio nacional.

En primer lugar, consideramos que hay un grave problema de objetividad, proporcionalidad y razonabilidad cuando el citado artículo 22 del proyecto de ley establece que, por motivos “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte los nacionales de un país en particular”, se podrá establecer la necesidad de contar con un visado de turismo consular –que es excepcional– para venir a Chile. Recordemos que tal cual señaló la Corte IDH en la opinión consultiva N° 18, los Estados deben respetar estos criterios al establecer políticas migratorias. La autoridad ha señalado que el bajo cumplimiento de las normas por parte de nacionales de cierto país trae como resultado una consecuencia. Debido a que la causante es algo negativo, lógico es entender que también lo es la consecuencia, en este caso la imposición de un visado consular de turismo. De esta manera, la autoridad reconoce que este visado consular es una suerte de castigo, pues pone mayores trabas migratorias a la persona que desea venir al país. Sobre la base de lo anterior, consideramos que no es posible generalizar un castigo para un grupo de personas, porque un número acotado de ellas no cumple con normas migratorias. Esto da pie para que, por ejemplo, si una nacionalidad es más estafada que otras con contratos falsos (v.g., por tema de idioma), o no cumple con solicitar los visados a tiempo, entonces todas las personas de esa nacionalidad recibirán el “castigo”. Esto no soluciona el problema de fondo que podría surgir frente a incumplimientos de normativas migratorias y, por el contrario, generaliza una situación de manera poco objetiva, desproporcionada e irracional.

En segundo lugar, y como punto central de nuestro análisis, encontramos la imposibilidad de cambiar de estatus migratorio desde la permanencia transitoria (turismo) a una residencia temporal. Nos parece que esto es grave, ya que podrían presentarse situaciones tan absurdas como que una persona, proveniente, por ejemplo, de Colombia, ingrese a Chile, le ofrezcan un trabajo y tenga que devolverse a su país y solicitar la visa, esperando todo el tiempo de tramitación que ello puede demorar. Sencillamente el empleador, o la empleadora, no lo va a esperar.

Ahora bien, la visa temporaria de oportunidades mencionada podría ser una “salida” a la situación anteriormente descrita. Sin embargo, esto no es así. Primero, nada nos indica que la visación en cuestión, creada por vía administrativa, seguirá efectivamente existiendo una vez aprobada la ley, pues podría ser eliminada por el gobierno, tal cual lo hizo con la visa temporaria por motivos laborales –que era la visación solicitada en forma mayoritaria por las personas migrantes– sin que existan motivos claros y suficientes para justificar dicha medida. Sin embargo, aunque se mantuviera vigente, las condiciones para solicitar ese visado

no permiten a cualquier persona venir al país a conseguir el trabajo que más le acomode en un plan de vida y búsqueda, por ejemplo, de mejores condiciones que las que tiene en su país de origen.

En la explicación que el documento mencionado entrega sobre el sistema de puntajes ideado para la obtención de este tipo de visa, y en relación al criterio ocupación, se señala que solo son “ocupaciones prioritarias” las que pertenecen a las áreas de salud, transformación digital, cuidados de la tercera edad, cultura de la resiliencia y desarrollo sostenible y responsabilidad intergeneracional, únicamente en relación a profesionales y técnicos, dejando fuera a personas que no hayan logrado alguno de esos grados académicos. ¿Con qué criterios se elabora este listado? El sistema deja fuera a un grupo de personas que, sencillamente, no podría venir al país a buscar mejores oportunidades.

Con lo ya explicado, entonces, no se requiere contar previamente con un contrato de trabajo. Sin embargo, nos surge la pregunta: ¿se solicitará acreditar algún monto económico para el ingreso de las personas? Desconocemos la respuesta. Lo que sí se encuentra establecido es la exigencia de presentar un certificado de antecedentes penales del país de origen, lo que se traduce en el requisito, conforme al D.L. 1.094, de no contar con este tipo de antecedentes. Ahora bien, ¿todo tipo de antecedentes penales implicará el rechazo de la visación? ¿Un hurto simple con condena cumplida se equiparará a haber sido condenado por el delito de trata de personas? Conforme a las reglas generales vigentes, podrían rechazarse los visados en ambos casos, por estar la persona en una causal de impedimento de ingreso obligatorio o facultativo. Lo mismo ocurriría si se aprobara el proyecto de ley tal cual está y se mantuviera este visado, con algunos matices relacionados al tiempo transcurrido desde que ocurrió el ilícito.

Con todo, pensemos en la situación más favorable, es decir, que el visado se mantendrá y que los únicos requisitos que se exigirán son contar con un pasaporte vigente, no tener una enfermedad infectocontagiosa grave –conforme a las reglas generales–, y no tener antecedentes penales graves. ¿Qué pasará con las personas que, estando en el país como turistas, decidan quedarse porque vieron aquí oportunidades laborales o de estudio? Y peor aún, ¿qué pasará con aquellas que buscan oportunidades laborales en Chile y a las que no se les conceda la visa temporaria de oportunidades, por no ser profesionales, técnicos o no poder acreditar su ocupación como exige este visado?

Las interrogantes son muchas, pero no así las respuestas. Volvamos al inicio de este capítulo, a aquella parte en que señalamos que todas las personas, sobre la base del derecho a la circulación y residencia consagrado, por ejemplo, en la CADH, tienen derecho a ingresar a un país en igualdad de condiciones que otros nacionales. ¿Son adecuados los criterios para otorgar la visa temporaria de oportunidades?

Nos preguntamos si acaso dará lo mismo la nacionalidad de la persona solicitante. Ya vemos que no es indiferente la profesión u oficio que tenga o no tenga la persona, y desconocemos si afectarán o no los montos de dinero que la persona acredite para mantenerse económicamente en Chile, los cuales dependerán de la realidad económica de su país de origen. Creemos que, debido a la discrecionalidad sin control que se otorga a la autoridad con este visado y las bajas cuotas de entrega que se vislumbran, podrían ser muchas las personas a las cuales no se les conceda este permiso de residencia.

Cuando nos preguntamos ¿qué harán estas personas que deseen venir a Chile y no obtengan este visado?, es posible pensar en dos respuestas. Primero, que podrían ingresar como turistas y, luego, al querer trabajar se quedarían en la clandestinidad, ya que en sus países de origen ya les denegaron una vez la visa temporaria de oportunidades. Segundo, que vendrían de todas formas al país, ingresando a este de una u otra manera. Por lo anterior, la visa de oportunidades no se plantea como un mecanismo para sortear las dificultades de una persona extranjera que pretende cambiar de estatus migratorio al interior del país. Esto último es algo que puede traer consigo consecuencias muy graves.

Recordemos que las migraciones son un fenómeno natural de los seres humanos y que, tal cual señalamos al comienzo de este capítulo, vivimos en un momento de movilidad humana sin precedentes. Las personas que salen de sus países voluntariamente o de manera forzada, en búsqueda de mejores oportunidades laborales, de desarrollo, de protección, paz y tranquilidad, no van a dejar de migrar. Por lo mismo, entre todas las herramientas que la política migratoria otorga, se debe elegir la que promueva y proteja los derechos de las personas y que cumpla a cabalidad, o en mayor medida, los fines planteados por el Estado que la utiliza.

Chile se ha propuesto tener una migración ordenada, segura y regular. Así lo indicó nuestro país junto al resto de los Estados pertenecientes a Naciones Unidas, en la declaración de Nueva York de 2016, y en sus anuncios de cambios migratorios en abril del presente año.²⁸ Sin embargo, la experiencia chilena ha demostrado que los visados consulares no funcionan cuando hablamos de flujos migratorios abundantes.

Miremos lo que sucedió en 2012, cuando se impuso visado consular de turismo a las personas nacionales de República Dominicana, lo cual bajo la legislación actual es, como explicamos, una exigencia excepcional. El Departamento de Extranjería y Migración, realizó un análisis detallado de esta situación en el Boletín informativo N° 2 sobre

28 Al respecto, revisar: Gobierno.cl: "Presidente Piñera presentó reforma para 'garantizar una reforma segura, ordenada y regular'". 9 de abril de 2018.

migración dominicana en Chile,²⁹ comunicándose algunos de sus resultados al subsecretario del Interior mediante Memorandum 1.837, del 29 de junio de 2017, a través del cual se emitió un informe técnico en relación a la idea de establecer un visado consular para personas nacionales de Haití. Allí se señaló que la medida de visado consular de turismo impuesta a las personas dominicanas significó un aumento exponencial de ingresos clandestinos de tales personas, lo que se reflejó en un incremento de las expulsiones en dichos casos de un 645% entre 2012 y 2013, lo que se vio acompañado de una disminución de las solicitudes de visas desde dicho país. Como conclusión, se indicó “que el intento de disminuir el flujo dominicano por la vía de imponer el requisito de visto previo de turismo, trajo aparejada la pauperización de las condiciones de ingreso y estadía de los miembros de dicho colectivo que, pese a no contar con dicha visa, igualmente ingresaron al territorio chileno, sea por sus propios medios, sea como objeto de tráfico de migrantes, sea como víctima de trata”.

Independientemente de si el visado solicitado es de turismo o es temporal, lo cierto es que limita el expedito ingreso a territorio chileno, y el hecho de que se imponga a personas nacionales de países con altas tasas de flujos migratorios hacia Chile, trae como consecuencia que aquellas personas que no accedan al mismo, o que sepan de la dificultad para acceder al visado, vengán de todas formas e ingresen de manera clandestina, por su propia cuenta o acudiendo a redes de tráfico de personas, que muchas veces las engañan. Como señala Velasco, las mayores trabas migratorias “valen únicamente para agudizar el ingenio a la hora de burlarlas, agravar el riesgo físico y encarecer el peaje debido a los traficantes”.³⁰

Por todo lo señalado, creemos que las personas provenientes de países que tienen grandes flujos migratorios hacia Chile, que deseen trabajar y que no accedan al visado de oportunidades, serán presa fácil de las redes de tráfico de personas. En el mismo sentido, no permitir el cambio de “plan migratorio” estando dentro del país obligará a las personas a permanecer en la irregularidad migratoria y/o laboral, pues pretender que toda persona en esta situación tendrá los medios económicos para regresar a su país, o que su empleador le esperará hasta que eventualmente un visado sea otorgado, es algo bastante ingenuo.

Ahora bien, cuando hemos discutido sobre esta temática, un argumento en contra comúnmente utilizado es el del control migratorio que ejercen otros países pertenecientes al norte global. Al respecto, recordemos que los distintos países, por sus características geográficas y

29 Catherine Galaz, Gabriela Rubilar y Claudia Silva, *Boletín informativo N° 2, Población Dominicana en Chile*, 2016.

30 Juan Carlos Velasco, “Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global”, *Revista Arbor*, (188-755), 2012, pp. 457-473.

demográficas, entre otras, tienen diferentes flujos migratorios. En ellos, de todas las herramientas de gestión migratoria existentes, hay algunas que funcionan mejor dependiendo de las características propias de la migración en esta época y del lugar donde se esté produciendo el fenómeno. Pretender extrapolar esta situación a Chile sin comprender las claras diferencias que existen entre los flujos migratorios de los países, carece de sentido.

Reiteramos que, por un lado, desde la aceptación de la realidad, y, por otro, desde el respeto a los compromisos que Chile tiene en relación a la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas y la comprensión del libre tránsito como un derecho que se ejerce en igualdad de condiciones, la gestión de las migraciones deberá utilizar los mecanismos o respuestas más adecuados y proporcionales, protegiendo siempre los derechos humanos de las personas. Así, en este momento, nos parece que aplicar un sistema de visados que no permite el cambio de estatuto migratorio desde la permanencia transitoria o turismo, a otro, al interior del país, genera consecuencias altamente negativas, transformando el mecanismo en desproporcionado y poco razonable. Además, con una normativa de ese tipo no se satisfacen los estándares sobre políticas migratorias establecidos por la Corte IDH, mencionados anteriormente en este capítulo, ni el principio de promoción de la regularización migratoria, desarrollado más arriba. Por cierto, tampoco se logra el fin buscado por el Estado, que es contar con una migración ordenada, segura y regular. Por el contrario, lo que se conseguirá es fomentar la irregularidad migratoria y fortalecer las redes de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.

Además de lo anterior, consideramos preocupante que uno de los criterios para otorgar la residencia temporal diga relación con que “la estadía de la persona sea concordante con los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería”, ya que, como bien ha sido señalado por dos ministros del Tribunal Constitucional en un voto disidente de un caso, “no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente, desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”.³¹ Así, la visión del proyecto de ley en este punto entiende la soberanía del Estado de una manera absolutista y utilitarista, condicionando el derecho de una persona a residir legalmente en el país a la utilidad o no que esta persona represente para el Estado.

31 Considerando 14° voto disidente, STC 4757-2018, de fecha 19 de julio de 2018.

Del análisis de las subcategorías migratorias mínimas mencionadas en el proyecto de ley, nos parece que, en general, ellas son buenas pero insuficientes. Así, en primer lugar, nos preocupa la categoría “trabajador de temporada”, aplicable solo a aquellas personas que ingresen al país por un tiempo limitado a ejercer esa labor, y dejando fuera a las personas inmigrantes que usualmente se desempeñan, por períodos, en trabajos de temporada, aunque su estadía sea permanente en el país.

Además de lo señalado, hace falta mencionar la búsqueda de oportunidades laborales, en sentido amplio, como un criterio, pues ello permitiría dejar establecido en una ley que una persona puede ingresar a Chile a fin de buscar un trabajo u ocupación. El segundo criterio para otorgamiento de visa temporal, “extranjeros que ingresen al país a desarrollar actividades lícitas remuneradas, por cuenta propia o bajo relación de subordinación y dependencia”, da pie para interpretaciones en el sentido de incorporar o no las oportunidades laborales y, por lo mismo, sugerimos explicitar esto último.

Tampoco se menciona el embarazo como un criterio de otorgamiento de visa, cuestión que hoy existe, aunque administrativamente en virtud de un convenio entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud (circular 1179 del Ministerio del Interior de fecha 28 de enero de 2003 y oficio ordinario A14 N° 3229 de fecha 11 de junio de 2008). Por cierto, el ser niño, niña o adolescente tampoco está entre los criterios establecidos, lo cual representa un retroceso respecto de la situación actual en que existe este visado temporario sobre la base de un programa llamado “Chile te Recibe”. Cuestión similar ocurre con las víctimas del delito de tráfico de personas, ya que este criterio no aparece, marcando un retroceso respecto a la situación actual. Un mayor análisis respecto a estos últimos dos visados pueden revisarse en el capítulo de actualidad sobre cambios en materia migratoria del presente *Informe 2018*. En relación a las personas en situación de discapacidad, nos parece inadecuado que ese no sea un criterio de solicitud de visa para ellas y sus cuidadores.

Dentro de los aspectos positivos, destacamos las razones humanitarias como subcategoría, y el hecho de que se permita trabajar a dependientes, cuestiones que hasta hoy no existen. Sin perjuicio de lo planteado, creemos que para personas que trabajen a tiempo completo —y que por tanto tienen una remuneración equivalente al sueldo mínimo exigido por la autoridad migratoria para solicitar un visado en calidad de titular— no debería existir la posibilidad de tener la calidad de dependiente, precisamente por lo señalado. La dependencia migratoria de una persona con otra puede acarrear consigo situaciones de violencia económica —por ejemplo, respecto a una mujer que viva un estado de sumisión en este sentido frente a un hombre—, cuestión que el Estado debe evitar, tal cual lo señala la Convención de Belem Do Pará, en sus artículos 7 letra e y 8 letras a y b.

Lo explicado, sobre la base de que no tiene sentido pedir al titular acreditar sustento económico en relación a dependientes que sí pueden trabajar, y de que las sub-categorías migratorias mínimas debieran ampliarse. Así, consideramos que habría que pensar en dejar la posibilidad de solicitar visación en calidad de dependiente solo a personas que efectivamente no trabajen o que tengan un empleo esporádico o de tiempo menor a la jornada laboral completa, estableciendo esto explícitamente.

Asimismo, nos parece negativo dejar abierta la posibilidad para que la autoridad determine que algunas visas temporales no permitirán a la persona trabajar, ya que todo ser humano tiene derecho a ejercer un trabajo, y no debieran existir trabas para hacerlo si es que la situación migratoria es regular. Esta misma crítica es válida respecto al hecho de encargar a la autoridad administrativa la determinación de cuáles serán los visados de residencia temporal que permitirán solicitar la residencia permanente, ya que, como ya se señaló, toda persona que lleve un tiempo en Chile debe tener la posibilidad de radicarse y no tener que someter su estadía, año a año, a la discrecionalidad gubernamental.

Por último, nos preocupa la fijación de un plazo general de al menos 24 meses para solicitar la permanencia definitiva, cuestión que además se establece dejando abierta la posibilidad de que la autoridad amplíe ese plazo por hasta el doble de tiempo, o lo disminuya a la mitad, en atención a los siguientes antecedentes:

- Aumento de plazo: a) Insuficiencia de medios de vida que permitan su subsistencia y la de su grupo familiar, considerando su estabilidad laboral en su período de residencia en el país; b) número de ausencias del país y duración de las mismas; c) haber cometido infracciones migratorias de las señaladas en el Título VII y la gravedad de las mismas; d) delitos por los que haya sido formalizado o condenado; e) infracciones a la normativa laboral, de seguridad social, medioambiental, sanitaria, tributaria, aduanera u otra infracción al ordenamiento jurídico chileno, y la gravedad de las mismas.
- Disminución del plazo: a) Vínculos familiares con nacionales o residentes definitivos; b) misiones oficiales realizadas en Chile; c) disponibilidad de rentas o pensiones; d) inversiones ejecutadas y/o empresas iniciadas en Chile; y otros casos previstos en acuerdos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Se indica, además, que el decreto supremo que podrá determinar para cada caso el aumento o disminución del plazo, señalará la ponderación que deberá otorgársele a cada uno de los factores al computar el lapso de tiempo necesario para postular a la residencia definitiva. Esto nos

parece inadecuado, porque entendemos que el eventual decreto supremo se dictará caso a caso, y la manera en que está redactado el artículo deja abierta la posibilidad para que –caso a caso– también se cambie la ponderación que se le dará a cada uno de los criterios. En el fondo, en esta situación, la línea que divide la discrecionalidad de la arbitrariedad es tan poco clara, que es mejor establecer un plazo fijo para el paso de una categoría migratoria a otra. Dicho plazo debiera ser, a nuestro juicio, de 12 meses, tal cual se establece hoy en día en el D.L 1.094.

Por todo lo anterior, sugerimos revisar el sistema de visados, permitiendo el cambio de categoría migratoria desde el turismo, dentro del país; comprendiendo el derecho a residir legalmente como una cuestión de derechos humanos y no solamente de soberanía nacional. Esto implicaría eliminar el que la “estadía de la persona sea concordante con los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería” como un criterio de otorgamiento de residencia temporal. Asimismo, sugerimos ampliar las subcategorías migratorias a otras que incorporen situaciones que forman parte de los flujos migratorios en Chile y los avances que se han hecho hasta el momento en la materia. Además, consideramos que se debe evaluar el término de la categoría de dependiente, salvo, quizás para casos excepcionales de personas que no trabajen o tengan trabajos con jornadas laborales inferiores a la completa. Por lo demás, creemos que es necesario modificar el proyecto de ley a fin de establecer que todas las personas con residencia temporal pueden trabajar y solicitar, posteriormente, la residencia definitiva, estableciendo además un plazo único de 12 meses para cambiar de una residencia temporal a una permanente.

1.4. Acceso a derechos

En esta sección del capítulo, analizaremos los derechos a la salud, a la educación de niños, niñas y adolescentes, a la nacionalidad y al trabajo y seguridad social.

1.4.1. Derecho a la salud

En la opinión consultiva N° 18 de la Corte IDH, se indicó que las personas migrantes se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, tanto por encontrarse fuera de su país de origen, como por discriminación, racismo y xenofobia. Al respecto, la Corte señaló que:

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre

nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.³²

La Corte agrega que “existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”.³³

Sobre la base de lo precedente, y desde el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la CADH, la Corte IDH ha indicado que los Estados tienen la obligación de proveer asistencia médica sin discriminación a personas migrantes, con independencia de su situación migratoria y con especial atención a situaciones de emergencia o grupos especialmente vulnerables.³⁴

Por su parte, el derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 25 de la DUDH y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Además, y en cuanto a salud de urgencia, se encuentra establecido de forma particular para personas migrantes, con independencia de su situación migratoria, en el artículo 28 de la CTMyF.

En Chile, el D.L 1.094 no contiene un catálogo de derechos, por lo que el derecho a la salud o el cómo se ejercerá o ejecutará este derecho, no aparece consagrado.

De todas maneras, toda persona tiene derecho a la atención de salud en situaciones de emergencia,³⁵ y eso no puede estar condicionado a la situación migratoria que tenga. Además, toda persona con un permiso de residencia vigente puede inscribirse en el Fondo Nacional de Salud (Fonasa),³⁶ tanto como beneficiario, por ejemplo, si trabaja, o como carga de otra persona. El problema radica en el acceso a la salud de grupos en especial situación de vulnerabilidad por su condición de migrante, su irregularidad migratoria y/u otra circunstancia, como por ejemplo, ser niño o niña, o mujer embarazada. También es justo preguntarse qué

32 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párr. 112.

33 *Ibíd.*, párr. 113.

34 *Caso Nadege Dorzema y otros versus República Dominicana*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de octubre de 2012.

35 Según el DFL N° 1 del Ministerio de Salud que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley 2.763, de 1979, y de las leyes 18.933 y 18.469.

36 Al efecto, en la actualidad son 576.012 personas las afiliadas a Fonasa. En este número debieran estar incluidas las personas migrantes que tienen un permiso de residencia vigente, así como aquellas que pueden inscribirse en virtud de convenios especiales que se mencionan en el presente acápite. Información obtenida mediante Oficio Ordinario 1E N° 22607/2018, de fecha 24 de julio de 2018, en respuesta a solicitud de acceso a la información N° AO004T0001598.

pasa con aquellas personas que aún no tienen un permiso de residencia vigente, pero lo están solicitando: ¿tienen acceso a la salud?, ¿pueden inscribirse en Fonasa si su visa ya ha ingresado a trámite? Al respecto, es importante mencionar que la resolución de visa en trámite transforma la residencia de la persona en regular. Así, ha sido la administración del Estado la cual mediante actos administrativos y convenios ha ido promoviendo y protegiendo el derecho a la salud de estos grupos.

En concordancia a lo señalado, encontramos el programa de acceso a la atención de salud de personas migrantes del Ministerio del Salud, cuyo objetivo general es “implementar estrategias dentro del modelo de atención que permitan superar las barreras de acceso a la atención, promoción, y prevención de la salud que afecta a la población migrante, en especial la con situación documentaria migratoria no regular”. Este programa es de 2017 y tiene dos componentes, los cuales son la difusión de deberes y derechos en la población migrante y participación social de migrantes, y mejorar el acceso a la atención de salud de personas migrantes, lo que incluye la contratación de facilitadores lingüísticos o interculturales y también la capacitación de funcionarios/as de centros de asistencia primaria de salud en habilidades interculturales y marcos normativos.

Además, existen una serie de convenios anteriores mediante los cuales está cubierto el acceso a la salud de los siguientes grupos:

- *Niños, niñas y adolescentes* con independencia de su situación migratoria o la de sus padres. El convenio respectivo fue establecido por la resolución exenta 1.914 del 10 de marzo de 2008, del Ministerio del Interior, y por el Ord. A 14 N° 3.229 de fecha 11 de junio de 2008 de la ministra de Salud. Con anterioridad a este convenio, de todas formas, los niños, niñas y adolescentes hasta los 6 años tenían acceso universal al sistema de salud. Este convenio amplía la edad de las personas beneficiarias y busca tanto el acceso a la salud de este grupo como su regularización migratoria, mediante una visa de estudiante, si están matriculados en un establecimiento educacional, o a través de una visa temporaria especial si es que el niño, niña o adolescente no está estudiando y se encuentra inscrito en un establecimiento de atención primaria correspondiente a su domicilio, o con un certificado del médico tratante que acredite que se atiende en alguno de los centros de la red pública de salud.
- *Mujeres embarazadas* en situación migratoria regular o irregular. Este convenio fue establecido mediante Oficio circular 1.179 del 28 de enero de 2003 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Ord. A 14 N° 3.229 de la ministra de Salud. Por medio de este convenio se busca tanto la atención de salud de estas mujeres, como su regularización migratoria a través de una

visa especial. Es importante mencionar que, de la lectura de los sustentos normativos de este convenio, no puede distinguirse con claridad si es que una mujer en situación migratoria irregular por ingreso clandestino podría acceder a la visa en cuestión, pero pareciera que no hay impedimento.

- *Personas migrantes con visa en trámite.* El presente convenio fue establecido por Decreto Exento 6410 que aprueba convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y Fonasa. A través de este convenio, las personas que se encuentran con visa en trámite, es decir, que han recibido la resolución de aprobación a trámite de su visa, pueden inscribirse en FONASA. Este convenio rige desde 2014.
- *Personas migrantes en situación migratoria irregular que carezcan de recursos.* El Decreto 67, del 29 de mayo de 2015, del Ministerio de Salud y la Circular N° A15/04, del 13 de junio de 2016, del mismo Ministerio, establecen la posibilidad, a este grupo de personas migrantes, de acceder a prestaciones de salud inscribiéndose en Fonasa. Antes de existir esta normativa, las personas migrantes en situación migratoria irregular que no estuvieran en contextos de emergencia, que no fueran niños o niñas y que no fueran mujeres embarazadas, no tenían acceso a la protección de su salud. Así, la cobertura en salud a este grupo vino a salvar, en parte, la discriminación y vulneración a derechos humanos que estas personas estaban sufriendo. Mediante esta normativa, las personas migrantes en situación migratoria irregular, deben acreditar su carencia de recursos ante un funcionario o funcionaria acreditador de derechos, el cual, una vez acreditada esta circunstancia, debe seguir un procedimiento establecido para inscribir a la persona en Fonasa, tramo A.

Si analizamos los grupos anteriores, podremos encontrarnos con situaciones de personas migrantes de la tercera edad que podrían no estar cubiertas, o migrantes en situación migratoria irregular que estén trabajando esporádicamente o de manera efectiva con o sin un contrato de trabajo, pero que no carezcan de recursos.

Ahora bien, el proyecto de ley consagra en su artículo 11 el acceso a la salud. Establece la igualdad en acceso a este derecho por parte de nacionales y residentes –es decir, personas en situación migratoria regular–, y agrega que también existe esta igualdad para personas en situación migratoria irregular, previo cumplimiento de los requisitos que para tales efectos establezca el Ministerio de Salud. Lo anterior, sin perjuicio de que las prestaciones de salud públicas para niños, niñas y adolescentes; mujeres embarazadas, parto y puerperio, y situaciones de urgencia, estarían cubiertas de todas formas.

Sobre la base de los estándares mencionados al comienzo de esta parte del análisis, consideramos la sola consagración del derecho al acceso a la salud como algo sumamente positivo, pues permite avanzar desde la protección de personas migrantes en cuanto a este derecho por la vía administrativa, a una establecida a nivel legal. Sugerimos, en todo caso, la eliminación del requerimiento del previo cumplimiento de requisitos que, para tales efectos, establezca el Ministerio de Salud, ya que toda persona tiene derecho al acceso a la salud, sin distinción alguna. Mantener lo anterior implicaría dar posibilidad para la fijación de criterios que mermen esta igualdad.

1.4.2 Derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes

Al igual que en el caso anterior, el decreto ley actual nada dice sobre el acceso a la educación de las personas migrantes, sino solo establece la ya mencionada visa de estudiante. Esto cambia en el proyecto de ley al consagrar este derecho, explícitamente, en su artículo 13.

Recordemos que el acceso a la educación es un derecho universal, consagrado en los artículos 26 de la DUDH y 13 del PIDESC. Además, el artículo 30 de la CTMyF lo establece de forma particular para los hijos e hijas de personas migrantes, con independencia de la situación migratoria de los padres o de ellos mismos.

Actualmente en Chile, y a pesar de la falta de consagración explícita en el Decreto Ley 1.094, en principio, todo niño, niña y adolescente que requiera ingresar a un establecimiento educacional puede hacerlo, con independencia de su situación migratoria o la situación migratoria de sus padres.

De todas maneras, nuevamente, ha sido la administración del Estado la que, mediante actos administrativos y convenios, ha ido regulando el acceso a este derecho de la población migrante, particularmente de niños, niñas y adolescentes. A todas las personas migrantes que no posean cédula de identidad y que deseen ingresar al sistema educacional chileno, se les entrega, a partir de 2017, un identificador provisorio escolar (IPE), que vino a reemplazar al anterior identificador llamado “RUT 100”. El niño o niña es matriculado provisoriamente en un establecimiento educacional, en el curso que corresponda según los documentos de estudio presentados o su edad, mientras se realiza el reconocimiento (convalidación) o la validación de estudios ante el Ministerio de Educación. En paralelo, el niño o niña puede optar a la visa de estudiante, y una vez que su reconocimiento o validación esté lista, su matrícula se transforma en definitiva, con independencia del estado de tramitación de la visa en cuestión. El IPE es reemplazado por el RUN otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación cuando el niño o niña lo obtiene.

En este sentido, el oficio circular 6232, del 26 de mayo de 2003, que precisa el sentido y alcance del Oficio circular 1.179, del 28 de enero de

2003, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y este último oficio circular mencionado, desarrollan la entrega de la visa de estudiante.

En relación a la educación preescolar, la resolución exenta 6.677, del 20 de noviembre de 2007, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, aprobó un convenio de colaboración entre el Ministerio del Interior y la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), mediante el cual se facilita el acceso a la educación preescolar en establecimientos de la JUNJI de los hijos e hijas de inmigrantes y refugiados, independientemente de la situación migratoria de los niños y niñas, no estableciendo nada en relación a la situación migratoria de los padres.

Pues bien, en el mencionado artículo del proyecto de ley, se establece claramente la plena igualdad entre nacionales y extranjeros en cuanto al acceso a la educación preescolar, básica y media, sin distinción alguna por nacionalidad, situación migratoria, o situación migratoria de los padres o madres, lo cual es muy apropiado.

1.4.3. Nacionalidad

La Constitución Política de la República establece que las personas nacidas en el territorio nacional son chilenas, siendo esta la regla general. Sin embargo, existen ciertas excepciones a esto: 1) los nacidos en Chile cuyos padres se encuentran al servicio de un gobierno extranjero y 2) los hijos de extranjero transeúnte. Esta segunda excepción no ha sido definida ni en la Constitución ni en las leyes, por lo que ha sido la administración del Estado la que ha determinado qué entender por transeúnte y, por lo tanto, quiénes habiendo nacido en territorio nacional no son chilenos, sino que tienen esta calidad. El proyecto de ley contempla, en su artículo 170, una definición de “extranjero transeúnte”, pero retrocediendo en relación a lo que hoy en día se entiende por este concepto y contraviniendo los estándares internacionales en la materia.

Al efecto, el artículo 170, inciso primero del mismo, señala:

Definición de extranjero transeúnte. Para los efectos de otorgar la nacionalidad chilena a los hijos de extranjeros nacidos en Chile, de acuerdo al artículo 10 de la Constitución Política de la República, se entenderá por transeúnte a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en Condición Migratoria Irregular.

Para entender esto, es necesario, a nuestro juicio, explicar el recorrido del concepto y los avances que se han producido en la materia.

Históricamente han existido tres interpretaciones de lo que significa extranjero transeúnte. La primera data de 1982, mediante la orden del servicio 4.946 del Servicio de Registro Civil e Identificación, donde se entendía que las personas que tenían menos de un año de permanencia continua en Chile, independiente de si habían solicitado un permiso de

residencia o no, eran transeúntes. Por lo tanto, en ese periodo de tiempo, los niños y niñas, hijos e hijas de padres que estuvieran por menos de un año en Chile no podían optar a la nacionalidad chilena y eran inscritos/as como hijos o hijas de extranjero transeúnte.

Posteriormente, en 1995, el Ministerio del Interior a través del Oficio 6.241, estableció que “extranjeros transeúntes son aquellos que se encuentran en el país en una situación de residencia transitoria, como los turistas o tripulantes, o en forma irregular en el territorio nacional”. Bajo esta interpretación, se asimila a estar de paso tanto al turista como al tripulante, así como a la persona en situación migratoria irregular. Este último estado, por cierto, nada tiene que ver con estar de paso en un lugar. A consecuencia de lo anterior, entre 1995 y 2014, los niños y niñas nacidos/as en Chile cuyos padres se encontraban en situación migratoria irregular, fueron inscritos como hijos de extranjeros transeúntes, desconociéndoseles el derecho a la nacionalidad chilena. Más de 3.000 personas fueron inscritas con esta anotación, las cuales, además de ser privadas de su derecho a la nacionalidad, quedando en riesgo de apatridia, tuvieron problemas en el acceso a derechos básicos como salud y educación. La apatridia significa no ser reconocido como nacional por ningún Estado, y se estima que en el mundo hay cerca de 10 millones de personas en esta situación.

En razón de lo anterior, distintas personas y organizaciones comenzaron a interponer reclamos de nacionalidad –acción constitucional contemplada en el artículo 12 de la Constitución Política de la República– ante el pleno de la Corte Suprema, acogándose estas acciones en su mayoría bajo el argumento, entre otras consideraciones, de que transeúnte significa estar de paso y la situación migratoria irregular de una persona no es asimilable a ello. Siguiendo este criterio, en 2014, la administración del Estado modificó su punto de vista a través del Oficio 27.601, de fecha 14 de agosto de 2014, estableciendo que extranjeros transeúntes son solo turistas y tripulantes.

A partir de lo mencionado, desde 2014, se ha comenzado a reconocer la calidad de chilenos y chilenas a aquellos/as niños y niñas nacidos/as en Chile y cuyos padres se encuentran con su situación migratoria irregular. Sin embargo, esta nueva etapa no ha estado exenta de dificultades. Durante el período referido, aún se han registrado casos de inscripciones como “hijo de extranjero transeúnte”, a pesar de que los recién nacidos no eran hijos/as de turistas o tripulantes. Además, es importante tener presente que el cambio de criterio no se hizo cargo de las inscripciones efectuadas antes de 2014, de modo que para que estas sean enmendadas, necesariamente deben someterse a consideración de la administración.

Diversas acciones han sido efectuadas por la sociedad civil y por estas instituciones, en conjunto con el Estado, para buscar a las personas afectadas por la situación anterior. El año 2015, el Centro de Derechos

Humanos de la Universidad Diego Portales, en conjunto con la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y el Servicio Jesuita a Migrantes, desarrollaron un proyecto mediante el cual encontraron a 167 personas inscritas como hijos de extranjeros transeúntes, en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Metropolitana, y presentaron una reclamación de nacionalidad conjunta por el total de los casos.³⁷ El Departamento de Extranjería y Migración reconoció la nacionalidad a estas personas y el Servicio de Registro Civil e Identificación rectificó las partidas de nacimiento. Además, el Estado se comprometió a ejercer acciones tendientes a buscar que todas las personas afectadas pudieran acceder a la nacionalidad chilena.

Así, en 2016 surgió el proyecto “Chile Reconoce”, a cargo del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, en donde se trabajó con las instituciones anteriores, sumándose también el Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, junto al apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Mediante el proyecto, se logró encontrar 100 casos más y sensibilizar respecto al tema, así como también se creó un procedimiento simplificado de reconocimiento de nacionalidad.

Por su parte, el 25 de mayo de 2017, el gobierno lanzó oficialmente el proyecto mencionado, ratificando así el compromiso del Estado en esta materia. Durante el mismo año, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hizo un reconocimiento a este proyecto como una buena práctica del Estado de Chile. Durante 2017, el proyecto, además, logró encontrar alrededor de 140 personas inscritas erróneamente como hijos de extranjero transeúnte, e iniciar el proceso de rectificación de sus partidas de nacimiento. Asimismo, se capacitó a líderes locales y a la comunidad en estas temáticas, para que también puedan orientar a las personas afectadas.

Luego, en el mes de septiembre del mismo año, ingresaron al Congreso los proyectos para aprobar la Convención sobre el estatuto de los apátridas (Boletín 11435-10) y la Convención para reducir los casos de apatridia (Boletín 11436-10). Ambas convenciones fueron finalmente aprobadas por el Congreso Nacional y el proceso de firma de las mismas culminó el 11 de abril de 2018, encontrándose actualmente vigentes.

La CADH, en su artículo 20, establece que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, la cual debe ser la del Estado en cuyo territorio nació, si no tiene derecho a otra, añadiendo que nadie puede ser privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla. La CIDH ha reafirmado esto en su demanda ante la Corte IDH en el caso

37 Causa rol 20.089-2015, Corte Suprema.

de *Dilcia Yean y Violeta Bosico versus República Dominicana*.³⁸ En este caso la Corte Interamericana señaló que “el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos” y agregó que “el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos”.³⁹

De esta manera, ya desde la CADH Chile debía procurar que ninguna persona nacida en el país pudiera quedar en situación de apatridia, cuestión que, como explicamos, no se cumplía, pues privaba a algunas personas de la nacionalidad chilena mediante una interpretación arbitraria de la Constitución Política de la República.

El artículo 7 de la Convención sobre los derechos del niño es aún más estricto, pues establece que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, sin hacer ninguna clase de acotación o distinción. La norma sobre excepción a la nacionalidad chilena es ya en sí misma una contravención a la Convención sobre los derechos del niño, pues da pie al no cumplimiento del derecho irrestricto a la adquisición de una nacionalidad. Si la interpretación de la Constitución es, además, arbitraria, entonces más clara es la contravención.

En 2011, el Comité de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares realizó recomendaciones a Chile, las cuales versaron sobre diversos temas entre los que se incluía la preocupación por la situación de los hijos de extranjeros transeúntes, hijos de padres y madres migrantes en situación migratoria irregular, e instaba al Estado a concederles la nacionalidad a estos cuando sus padres no puedan transmitirles su nacionalidad, así como a la firma de las Convenciones sobre apatridia.⁴⁰

El cambio administrativo en la interpretación del concepto de hijo de extranjero transeúnte, sumado al proyecto “Chile Reconoce” y a la firma de la Convención para reducir los casos de apatridia, indican que es mayor el compromiso de Chile en lo que se refiere a evitar la negativa de la nacionalidad chilena de manera arbitraria a personas nacidas en Chile. Por lo mismo, es preocupante que el concepto de extranjero transeúnte contemplado en el proyecto de ley sea el mismo de 1995.

El mencionado concepto contraviene, además, la CADH y la Convención sobre los derechos del niño, que establecen estándares en esta materia explicados más arriba.

38 CIDH, demanda ante la Corte IDH, *Caso de Dilcia Yean y Violeta Bosico Cofi versus República Dominicana*, del 11 de julio de 2003, párr. 51.

39 Corte IDH. *Yean y Bosico versus República Dominicana*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

40 Documento de Organización de Naciones Unidas CMW/C/CHL/CO/1, párrafos 32 y 33.

Al respecto, nos parece que sería ideal modificar la Constitución Política de la República, eliminando la excepción constitucional de concesión de nacionalidad referida a los hijos e hijas de extranjeros transeúntes, estableciendo como únicas excepciones a la obtención de la nacionalidad chilena por *ius soli*, contempladas en el artículo 10 de la Carta fundamental, las de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y la de hijos de turistas y tripulantes, no dejando espacio para interpretaciones arbitrarias. De no hacerse lo anterior, sugerimos que el cambio interpretativo en relación al concepto cuestionado quede consagrado de manera correcta en el proyecto de ley.

Hay algunas otras cuestiones anexas al proyecto de ley, pero que guardan relación con este tema y nos parecen importantes de mencionar:

- Primero, consideramos que el Estado debe procurar la rectificación de oficio de las partidas de nacimiento que contienen la anotación de hijo de extranjero transeúnte, que en la actualidad suman un total de 2.070,⁴¹ de todas aquellas personas cuyos padres, al momento de nacer la persona, no eran turistas ni tripulantes. Si esto no es posible, entonces instamos al Estado a continuar trabajando e impulsando el proyecto “Chile Reconoce”.
- Asimismo, y sobre la base de la firma de la Convención para prevenir los casos de apatridia, consideramos que debe modificarse el artículo 2 inciso 2 del Decreto Supremo 5142/1960 que fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros, en el sentido de eliminar el requisito de renuncia a la nacionalidad de origen, adquirida o que le corresponda, de quien solicita la nacionalización para obtenerla.
- Por otro lado, en relación con el reconocimiento del estatuto de apátrida a una persona que se encuentre en esta condición y además sea migrante, consideramos muy positiva la firma de la Convención sobre el estatuto de los apátridas. Ahora bien, es necesario, a nuestro juicio, la existencia de una ley sobre el estatuto de los apátridas, similar a la Ley 20.430 sobre protección de refugiados. De esta forma, se asegura el amparo efectivo de estas personas. En el mismo sentido, y para hacer operativo el artículo 32 de dicho cuerpo normativo, que prescribe la facilitación de la naturalización de la persona apátrida por parte del Estado, sugerimos la modificación del mencionado Decreto Supremo

41 Respuesta a solicitud de acceso a la información N° AK002T0003296, respondida por el Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación mediante carta r.c.t N° 3296-2018, de fecha 30 de mayo de 2018.

5142/1960, incorporando la entrega de nacionalidad a personas reconocidas como apátridas, así como la agregación de normas pertinentes en este sentido al proyecto de ley estudiado.

1.4.4. Derecho al trabajo y a la seguridad social

La Corte IDH, en la ya citada Opinión Consultiva N° 18, señala que:

Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económica o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.⁴²

A lo anterior la Corte agrega que:

La calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Por lo tanto, si una persona trabaja, entonces tiene todos los derechos que un trabajador posee de acuerdo al Código del Trabajo, con independencia de su situación migratoria regular o irregular. Este es el mismo criterio establecido por la Dirección del Trabajo.⁴³

Esto se liga con el asunto del derecho a la seguridad social, pues toda persona que trabaja, tendrá, en consecuencia, derecho a que se le

42 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párr. 133.

43 "(...) si el trabajador extranjero presta sus servicios personales, intelectuales o materiales bajo subordinación y dependencia, el empleador está obligado a dar cumplimiento a todas las normas laborales y previsionales vigentes, (...), sin que tenga incidencia alguna la circunstancia de que el trabajador no reúna los requisitos de extranjería sobre residencia o permanencia legal". Dirección del Trabajo. Dictamen ORD N° 1539/017.

paguen sus cotizaciones previsionales. Así, las personas migrantes con un permiso de residencia vigente y un número de run pueden inscribirse en una administradora de fondos de pensiones (AFP) para que le cancelen sus cotizaciones. Pero, ¿qué pasa con las personas migrantes en situación migratoria irregular? En principio, no existen, como en el caso del derecho a la salud y Fonasa, convenios que faciliten el ingreso a alguna AFP de las personas migrantes en esta situación. Sin embargo, se nos ha informado por parte de la Superintendencia de Pensiones que, en primer término, los trabajadores deben solicitar su incorporación a la administradora de fondos de pensiones respectiva —que, al tratarse de trabajadores que cotizan por primera vez debe ser aquella adjudicataria—, llenando el formulario con su número de cédula de identidad. Sin perjuicio de lo anterior, se nos indicó que la AFP adjudicataria actual, “Plan Vital”, tiene un sistema de gestión especial para aquellas personas trabajadoras que no poseen aún cédula de identidad, mediante el cual se les otorga un número de rol transitorio con el cual pueden afiliarse a la institución previa obtención de cédula de identidad.⁴⁴⁻⁴⁵

Por su parte, el proyecto de ley en sus artículos 10 y 12 consagra, explícitamente, los derechos laborales y de acceso a la seguridad social.

El artículo 10 establece la igualdad entre derechos laborales de personas extranjeras y chilenas, con independencia de su situación migratoria. Esto se entiende así porque se señala este derecho, explícitamente, al igual que en el caso del acceso a la educación de niños, niñas y adolescentes, para “los extranjeros” y no para los “residentes”. Sin embargo, se establece que lo anterior es sin perjuicio de los requisitos especiales que pueda establecer la misma ley, en particular, o el ordenamiento jurídico, en general. Esto podría significar, eventualmente, imponer ciertos requisitos adicionales a personas migrantes en situación migratoria irregular, cuestión que transgrediría la mencionada igualdad ante la ley y los estándares internacionales de derechos humanos anteriormente señalados.

Por su parte, el artículo 12 indica que, para el caso de las prestaciones de seguridad social y acceso a beneficios de cargo fiscal, los extranjeros podrán acceder a estos siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias. Luego agrega que, a las prestaciones de seguridad social financiadas en su totalidad con recursos fiscales, van a tener por regla general acceso solo los residentes, en su calidad de titulares o dependientes, y únicamente si han permanecido en Chile de manera continua por, a lo menos, 2 años.

44 Respuesta a solicitud de acceso a la información, oficio N° 15609, de fecha 11 de julio de 2018, de la Superintendencia de Pensiones.

45 Información disponible en: <https://www.planvital.cl>.

En relación con esto, es importante mencionar que, en la actualidad, el estudio del proyecto de ley se encuentra en etapa de discusión y voto respecto de las indicaciones que se le han efectuado este año. En este contexto, el artículo en cuestión repercutió en el ámbito noticioso en julio, cuando la Comisión de gobierno interior, nacionalidad, ciudadanía y regionalización, rechazó la indicación que incorporó, al artículo 12 mencionado, el plazo de permanencia de 2 años para el acceso en igualdad de condiciones a prestaciones de seguridad social de cargo fiscal. Al respecto —y también en cuanto a los derechos laborales—, conviene tener presente el artículo 25 de la CTMyF, el cual establece que:

Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de:

a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término.

Sobre la base de lo analizado, se puede concluir que los estándares internacionales de derechos humanos establecen la igualdad de derechos laborales y de seguridad social entre personas extranjeras y nacionales, con independencia de su situación migratoria. Por lo tanto, deben eliminarse del proyecto de ley todos los matices o distinciones que no atiendan a esta plena igualdad.

1.5. Debido proceso y expulsiones

El debido proceso es un derecho humano básico de toda persona, que busca “confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso”.⁴⁶ En virtud de este derecho humano, la CADH prescribe que toda persona tiene derecho a “ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”.⁴⁷ Este derecho se encuentra también consagrado en el artículo 14 del PIDCP.

46 Víctor Manuel Rodríguez, *El debido proceso legal y la CADH*, documento disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.

47 Artículo 8 CADH.

Al respecto, la Corte IDH ha indicado que este derecho es aplicable a toda clase de procesos, sean judiciales o administrativos,⁴⁸ y del cual es titular toda persona con independencia de su calidad de extranjera o situación migratoria.⁴⁹

Ahora bien, este derecho es sumamente importante cuando estamos frente a una medida de expulsión del territorio nacional, ya que esta sanción implica nada menos que la obligación de la persona de salir del país. La medida de expulsión es, en Chile, la más gravosa dentro del ordenamiento jurídico migratorio.

Al respecto, la mencionada Corte ha señalado que “no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda.”⁵⁰

Esto es reafirmado por la CIDH, al indicar que “los procedimientos que pueden resultar en la expulsión o deportación de una persona involucran determinaciones sobre derechos fundamentales, lo que exige la interpretación más amplia posible del derecho al debido proceso.”⁵¹

En el mismo sentido se ha pronunciado el Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas migrantes, indicando que “los retornos forzados siempre deben ser una medida de último recurso, y solo deben seguirse de un proceso justo y eficiente que garantice que todas las garantías legales han sido provistas. No se debe implementar ninguna devolución sin un debido proceso legal, en un procedimiento donde el migrante está efectiva y adecuadamente representado y tiene acceso a recursos efectivos.”⁵² Acá, el Relator no solo habla del derecho a un debido proceso, sino que además recuerda que las medidas de expulsión deben ser la última opción a considerar.

Actualmente en Chile no existe un procedimiento previo a la dictación de una medida de expulsión, y esto es un grave problema ya que, en el fondo, se está sancionando a una persona sin darle la posibilidad previa de defenderse. La expulsión es una sanción grave que implica que una persona deba irse del país y no pueda regresar, al menos por un tiempo. Esto puede traer consigo consecuencias severas como tener que renunciar a una fuente laboral o separarse de la familia.

48 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros versus Panamá*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

49 Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión de 17 de septiembre de 2003, párr. 122.

50 *Caso Vélez Loor versus Panamá*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 142.

51 CIDH, Informe No. 49/99. *Caso 11.610. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 70.

52 Documento de Naciones Unidas, A/HRC/38/41, *Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants*, párr. 89. (Traducción libre).

En relación con esto, la Corte IDH ha sido bastante clara en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana*, indicando que en esta clase de procesos se deben evaluar las circunstancias personales del individuo, lo que, además, debe hacerse caso a caso y no colectivamente. Asimismo, señaló que las personas deben contar con las siguientes garantías básicas:

a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.⁵³

Así, la CIDH, sobre la base de la jurisprudencia interamericana y de los informes temáticos de la Comisión sobre la materia,⁵⁴ distingue entre la existencia de un debido proceso antes de la dictación de la medida, y el debido proceso en la fase recursiva. Si bien se trata de dos cuestiones diferentes, en ambas deben respetarse las garantías mínimas mencionadas en el artículo 8 de la CADH.⁵⁵

El artículo 8 de la CADH señala:

Artículo 8. Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

53 Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 356.

54 CIDH, *Movilidad humana estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015.

55 CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz* (México). 13 de abril de 1999, párr. 55; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 68/05, *Caso 11.495, Juan Chamorro Quiroz* (Costa Rica). 5 de octubre de 2000, párrs. 32-36.

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
(...)

En cuanto a la fase recursiva, en la actualidad el D.L 1.094 contempla, formalmente, un solo recurso para impugnar las medidas de expulsión, que corresponde al de reclamación extraordinaria. Este recurso, por sus características –entre las cuales se encuentra el hecho de que debe ser presentado en un plazo de 24 horas desde su notificación– prácticamente no se utiliza.⁵⁶⁻⁵⁷ Sin perjuicio de lo anterior, son usados otros mecanismos, como la solicitud de revocación de las medidas de expulsión en virtud de la facultad contemplada en el artículo 84 del D.L 1.094, y los recursos y solicitudes contenidos en la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, como son la solicitud de invalidación y los recursos de reposición y jerárquico. A lo mencionado, se suma la utilización de acciones judiciales constitucionales como es la acción de amparo.⁵⁸

El proyecto de ley, por su parte, contiene un primer gran avance, que es la consagración de un artículo específico, dentro del párrafo II sobre derechos y obligaciones, relativo al debido proceso. Corresponde al artículo 16 –incorporado por las indicaciones al proyecto de ley del presente año– que señala lo siguiente:

Debido Proceso. El Estado asegurará a los extranjeros un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las

56 Delfina Lawson y Macarena Rodríguez, “El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: Situación actual y alternativas”, en Tomás Vial (ed.), *Informe 2016*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2016, pp. 217-238.

57 De hecho, durante 2017, solo se presentaron 2 de estos recursos, versus las 3.098 expulsiones dictadas durante el presente año, tanto por el Ministerio del Interior como por las intendencias regionales. Información obtenida de la respuesta a solicitud de acceso a la información N° AB001W0008585 efectuada al Ministerio del Interior y Seguridad Pública por Catalina Asenjo Véliz, alumna cuya tesis para optar a grado de magíster en derecho público “Acceso a la justicia de la población migrante en Chile en relación a las medidas de expulsión dictadas en su contra”, es dirigida por la autora de este capítulo.

58 Toda esta información se basa en la experiencia de la autora en el marco de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales, así como en la información obtenida por Catalina Asenjo Véliz, alumna cuya tesis para optar a grado de magíster en derecho público “Acceso a la justicia de la población migrante en Chile en relación a las medidas de expulsión dictadas en su contra”, es dirigida por la autora del presente capítulo y se encuentra en última fase de revisión.

sanciones contenidas en esta ley, de conformidad a los derechos y garantías que les confiere la Constitución Política de la República y los tratados internacionales suscritos por el Estado y que se encuentren vigentes.

Lo anterior pareciera ser un buen primer paso, sin embargo, tener un artículo de este tipo sin un consecuente desarrollo normativo pertinente, que es lo que explicaremos a continuación, provoca que no exista, entonces, un verdadero debido proceso, lo que transforma al artículo en una mera enunciación de principios vacíos.

En primer lugar, habría que señalar que en este proyecto de ley tampoco se contempla un proceso previo a la dictación de la medida de expulsión, por lo que no se visualiza ningún avance respecto de la inadecuada situación actual en este punto. Es inconcebible pensar en sancionar a una persona sin que exista un proceso previo con las debidas garantías. Lo único que este proyecto de ley contempla al respecto es un artículo sobre consideraciones a tener en cuenta al dictar una medida de expulsión (artículo 121), el cual señala:

Consideraciones. Previo a dictar una medida de expulsión, el Servicio considerará respecto del extranjero afectado:

1. La gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión;
2. Los antecedentes delictuales que pudiera tener;
3. La reiteración de infracciones migratorias;
4. El periodo de residencia regular en Chile;
5. Tener cónyuge, conviviente civil o padres chilenos o radicados en Chile con Residencia definitiva;
6. Tener hijos chilenos o extranjeros con Residencia definitiva, así como la edad de los mismos y la naturaleza del vínculo; y,
7. El patrimonio y los bienes que tuviere en el país.

El Servicio tendrá en consideración las circunstancias establecidas en los numerales 5 y 6 de este artículo, siempre que se encuentre fidedignamente acreditado el vínculo o la genuina relación de convivencia.

Aunque esto podría acercarse a una solución en pos de proteger y promover el debido proceso ante una medida de expulsión, creemos que ello no es así, ya que aunque se señala que la autoridad lo tendrá en cuenta, como un deber, no se establece un período en el cual la persona pueda aportar antecedentes relacionados con este asunto. La primera pregunta que surge es: ¿tendrá la autoridad en su poder todos los antecedentes relativos a estas consideraciones? En la práctica, hemos

observado que eso no sucede. Luego, en relación a las consideraciones 5 y 6 establecidas en el artículo transcrito, nos encontramos con otro problema. Se indica que estas circunstancias se tendrán en cuenta siempre que el vínculo, o relación genuina de convivencia, se encuentre acreditado fidedignamente. ¿A qué se refiere con esto el artículo? ¿Una declaración jurada de convivencia ante notario, por ejemplo, será una acreditación fidedigna?

En este sentido, y en relación a los artículos 119 y 120 del proyecto de ley, que establecen las causales de expulsión de personas con permanencia transitoria y de residentes, respectivamente, consideramos que debe contemplarse una progresividad en las causales de expulsión, sobre todo en atención al principio de regularización migratoria señalado anteriormente en este capítulo. Consideramos que, dadas las graves consecuencias que una medida de expulsión puede traer para una persona o una familia, algunas causales para ser expulsada, como por ejemplo, el vencimiento de la permanencia transitoria, el no haber dado cumplimiento a la medida de abandono, o el ingreso clandestino, deberían estar en un acápite separado que asegure que se dispondrá la expulsión como una medida de *ultima ratio*, previo otorgamiento de otras opciones tendientes a la regularización migratoria de la persona. Quienes tengan necesidad de quedarse en el país lo harán pese a todas las trabas que encuentren, por lo mismo es justo y beneficioso para ellos y ellas, y positivo para el país, que lo hagan en situación migratoria regular, sobre la base de los estándares internacionales mencionados al comienzo de este acápite. Asimismo, consideramos que ejercer actividades remuneradas sin contar con el permiso pertinente no debiera ser una causal de expulsión. Bastaría con establecer multas y sanciones y, quizás, si hay reincidencia, se puede proponer la expulsión del país, pero desde la promoción de la regularización migratoria y el entendimiento de la igualdad de derechos laborales entre personas nacionales y extranjeras en cualquier situación migratoria. La medida de expulsión no debiera ser la primera respuesta ante la situación descrita.

En cuanto a la fase recursiva, creemos que hay una serie de falencias en el proyecto de ley que contravienen los estándares internacionales sobre debido proceso mencionados.

Primero, el artículo 133 –donde se establece la procedencia de los recursos administrativos contemplados en la mencionada Ley 19.880– indica que proceden respecto de todas las resoluciones establecidas en el proyecto de ley, salvo ante la medida de expulsión. Esto es grave, pues se prohíbe a las personas accionar conforme a la legislación general, lo que puede dejarles en la indefensión. De hecho, como explicamos, estos recursos y solicitudes generales se utilizan en la práctica, particularmente, por un tema de plazos.

Con todo, es una señal positiva que en el artículo 134 se establezca que la interposición de los recursos administrativos suspenderá la ejecución del acto impugnado, cuestión que por ahora no opera así para todos los casos.

Posteriormente, el artículo 135 establece el recurso judicial similar al mencionado recurso extraordinario de reclamación planteado en el D.L. 1.094. El mismo se instituye solo para reclamar respecto a la legalidad de la medida de expulsión, cuestión que nos parece incorrecta. Además, se indica que es la única posibilidad judicial, de única instancia, y con un plazo de interposición de 48 horas.

En relación con esto, el artículo 25 de la CADH prescribe el derecho a un recurso sencillo y rápido o efectivo. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”.⁵⁹

Así, un recurso de las características mencionadas dista bastante de ser realmente idóneo. Preparar un recurso adecuado y fundado, en un plazo de 48 horas, es algo difícil para cualquier persona. Lo fundado nos lleva a lo beneficioso de contar con asesoría jurídica especializada, y el plazo sigue siendo breve para un abogado o una abogada. Si a esto sumamos el hecho de que la cantidad de instituciones que brindan asesoría jurídica especializada en Chile es muy baja, el panorama se vuelve aún más difícil.⁶⁰

Que el recurso sea de única instancia también es grave, pues la CADH, en su artículo 8, numeral 2, letra h) establece el derecho a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Al respecto, y con ocasión de la tramitación del proyecto de ley de migraciones presentado por el gobierno anterior en 2017, la Corte Suprema se refirió a la doble

59 Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte*, sentencia del 16 de agosto de 2000, párr. 102; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 164; *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 136; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 113; *Garantías judiciales en estados de emergencia*, (arts. 27.2, 25 y 8 CADH), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24, entre otros. Extraído de Christian Courtis, *El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos*. Disponible en: <http://miguelcarbonell.com>.

60 Cuestión que se visualiza desde el trabajo de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales. El derecho a contar con asistencia jurídica especializada, y gratuita si es que la persona no está en condiciones de pagar, forma parte también de las garantías de un debido proceso (art. 8, numeral 2, letras d y e de la CADH). Ver, por ejemplo, CIDH, *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, párr. 99. D y Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126.

instancia que deben tener los recursos en un oficio de respuesta a consultas de los legisladores y las legisladoras, señalando que:

Noveno: Que esta Corte aprecia el acercamiento de la iniciativa a lo que recurrentemente ella ha manifestado con ocasión de informes de esta índole, en cuanto a entregar la competencia a las Cortes de Apelaciones.

Por el contrario, le parece lesivo al concepto mismo de racionalidad que explicita el artículo 19 N° 3° [sic] inciso sexto de la Constitución Política de la República, la vista y veredicto en única instancia. El ordenamiento jurídico chileno custodia el legítimo ejercicio de las garantías que él mismo consagra, con un control jurisdiccional de doble grado. No parece congruente con ese lineamiento, que la tutela del derecho a la libertad ambulatoria de toda persona, por cierto también el extranjero, ante un acto de autoridad, se constriña a una sola instancia.

Con esa salvedad, la propuesta constituye un avance.⁶¹

Por lo tanto, sugerimos que la redacción del artículo se modifique en cuanto a permitir reclamar en sentido amplio en relación a la medida de expulsión, y no solo en lo que se refiere a la legalidad. Además, dado que existe poca oferta de asesoría jurídica especializada, que incluso para abogados y abogadas es complejo preparar una buena defensa en 48 horas, y que un plazo tan breve torna ineficaz la interposición de un recurso, sugerimos que el plazo de presentación del mismo sea de 30 días corridos (asimilable al plazo de la acción de protección). Es primordial, en este mismo orden de ideas, que el recurso sea de doble instancia y sin perjuicio de otros recursos o acciones judiciales, como podría ser la acción constitucional de amparo o la acción constitucional de protección.

Dentro del análisis de las normas que podrían implicar un debido (o indebido) proceso, encontramos el artículo 123 del proyecto de ley, que trata sobre la reconducción o deportación inmediata. Creemos que basta con indicar que esa norma, en sus propios términos, sería contraria a un debido proceso, pues no permitiría a la persona defenderse y explicar los motivos que tuvo para estar ingresando pese a tener vigente una resolución que determinó su expulsión, abandono o prohibición de ingreso, o estar entrando al país eludiendo el control migratorio, o con documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona. Puede ser que se trate de una situación de discriminación o de necesidad. No tener estas garantías mínimas podría, además, afectar el principio de no devolución, que implica no hacer retornar a

61 Documento disponible en: <https://www.camara.cl>.

una persona al país en donde su vida, integridad, libertad o seguridad corren peligro, cuestión que corresponde a un principio de *ius cogens*.⁶² Además, este principio se encuentra consagrado en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como la CADH (artículo 22, numeral 8), la Convención sobre el estatuto de los refugiados (artículo 33) o la Convención contra la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 3). Evaluar las necesidades de protección de una persona requiere que la misma explique su situación y que haya un funcionario o una funcionaria capacitado/a para comprenderla. No es posible todo lo anterior con la reconducción inmediata. Proponemos eliminar esta medida y señalar que toda persona sorprendida en los supuestos de la norma, seguirá el proceso normal sancionatorio, es decir, si corresponde, se iniciará un proceso de expulsión o se dictarán las sanciones pertinentes, bajo las garantías de un debido proceso.⁶³

Relacionado con el debido proceso y las medidas de expulsión, se encuentra el artículo 125 sobre la forma de disponer dicha medida. Aquí, al final del artículo, se establece que en las medidas de expulsión se debe explicitar el tiempo de prohibición de ingreso que pesará sobre la persona, el cual podrá ser indefinido. Consideramos que si bien es positivo que se establezca que el tiempo de duración del impedimento debe estar explicitado en la medida, no es adecuado que exista la posibilidad de que sea indefinida, pues se convierte en una suerte de castigo perpetuo, que se podría establecer para casos muy diversos contemplados en la ley –las causales de expulsión del país– que atraviesan toda la gama de situaciones de menor a mayor gravedad. Ahora bien, si se quiere dejar esta posibilidad, instamos a que los motivos sean excepcionales, atiendan a situaciones gravísimas y estén contemplados explícitamente en la ley. Debiera establecerse, además, que la autoridad al dictar una prohibición de ingreso, esté obligada a indicar el porqué del plazo de duración de la misma y, en caso de que

62 Véase, por ejemplo, ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, párr. 21 y Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, Artículo 4: *Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción*, documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párrafo 11.

63 Al respecto, en julio de 2018, se aprobó una indicación al proyecto de ley, promovida por diputados y diputadas, en donde se establece el principio de no devolución como regla general a ser aplicada en todos los casos donde existan riesgos de que, por la medida de expulsión, la vida, integridad física o libertad personal de una persona migrante corra riesgo de ser vulnerada a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social y opinión política, en conformidad a los tratados internacionales ratificados por Chile. Para mayor información, ver *El Mercurio*: “Diputados de oposición aprueban indicación que impediría al Estado expulsar extranjeros”, 11 de julio de 2018. De todas maneras, hasta el momento, el artículo aquí cuestionado se mantiene, pero desde ya adelantamos que es incompatible con el principio de no devolución.

sea indefinida, debe justificar dicha medida en atención a los criterios legales previamente establecidos.

Por último, encontramos la privación de libertad para hacer efectiva la medida de expulsión. El artículo 125 indica que la autoridad migratoria será la que establecerá, en la resolución de expulsión, el tiempo durante el cual la persona estará privada de libertad, a efectos de ejecutar la medida en cuestión. En relación con esto, el inciso segundo del artículo 127 establece que, si la expulsión no se materializa en 5 días, la persona debe ser dejada en libertad, pudiendo volver a ser privada de la misma por un plazo máximo de 48 horas, únicamente para hacer efectiva la medida de expulsión.

En Chile no existen los centros de detención de personas migrantes y las detenciones migratorias no son frecuentes, o al menos no lo son en esta época. Al respecto, tenemos que recordar el *caso Cuartel Borgoño* del año 2013, mediante el cual se ordenó por la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo confirmado por la Corte Suprema, la liberación de 18 personas migrantes que se encontraban retenidas en precarias condiciones en el cuartel Independencia de la PDI, ubicado en calle General Borgoño, esperando la ejecución de sus medidas de expulsión del país. Esta detención llegó a durar, en algunos casos, hasta 22 días. Aquí se estableció que el plazo de detención a efectos de materializar una medida de expulsión no puede superar las 24 horas, de acuerdo a la legislación vigente (D.L. 1.094 y su reglamento).⁶⁴

Desde los estándares internacionales, la CIDH ha reiterado que las personas migrantes no son criminales y que, frente a delitos migratorios, la encarcelación no puede ser la primera respuesta del Estado.⁶⁵ Recordemos que toda persona es titular del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la CADH, que establece, entre otras garantías, que las detenciones deben efectuarse conforme a la ley y de una manera no arbitraria. La Corte IDH, por su parte, ha señalado que “para que la privación de la libertad por motivos migratorios no devenga arbitraria, la detención debe cumplir con los requisitos de estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional”.⁶⁶

Por todo lo anterior, nos parece que es inadecuado dejar en manos de la autoridad administrativa la potestad de fijar el plazo que tendrá la PDI para ejecutar la medida de expulsión, ya que no se establecen criterios para fijar tal o cual cantidad de horas y días, y, por cierto, no se

64 Amparo rol 351-2013, Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por sentencia rol 1651-13 de la Corte Suprema.

65 CIDH, *Movilidad humana estándares interamericanos*, op. cit., párr. 381-383.

66 Corte IDH. *Caso Vélez Loor versus Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 166.

determina un plazo máximo. Consideramos que, a fin de resguardar los derechos de las personas y procurar que la detención migratoria, medida de *ultima ratio*, sea necesaria y proporcional, 5 días es demasiado tiempo, y debería establecerse un plazo máximo de detención de 24 horas, tal cual cómo se indicó en el caso Cuartel Borgoño, en donde la persona debe ser tratada de manera digna y debe proveérsele de condiciones de alimentación, salud y salubridad apropiadas, en lugares diferentes a centros penitenciarios. Esto último (lo distinto al plazo) se establece en el artículo 127 del proyecto de ley, lo cual es positivo. Además, nos parece que debe explicitarse que esta detención solo podrá producirse cuando hayan vencido los plazos para la interposición de los recursos contemplados en dicha ley, o una vez rechazados y notificados los mismos.

1.6. Grupos en especial situación de vulnerabilidad

En el apartado 3 sobre permisos de residencia de este capítulo del presente *Informe*, desarrollamos algunas cuestiones respecto a grupos en especial situación de vulnerabilidad. En esta parte, nos referiremos a otros aspectos distintos sobre la situación de niños, niñas y adolescentes, mujeres y personas con discapacidad.

1.6.1. Niños, niñas y adolescentes, y reunificación familiar

Así, en primer lugar y respecto a niños, niñas y adolescentes (NNA), el proyecto de ley no contiene un tratamiento consistente de este grupo especial. En principio, la manera de referirse a NNA es insatisfactoria, pues el proyecto habla de “menores de edad”, denostándolos, a nuestro juicio, ya que son sujetos de derecho y no objetos del mismo. Luego, como indicamos, no se contemplan visados especiales para este grupo, en circunstancias en que hoy en día existen programas de entrega de visas por la sola calidad de ser niño o niña, en principio, con independencia de la situación migratoria de sus padres.⁶⁷ En este sentido, la Corte IDH ha indicado, en general, que “El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.⁶⁸

67 Esto tiene matices, pues creemos que la manera en que está consagrado el programa no es del todo satisfactoria. Ver acápite pertinente en capítulo “Cambios en materia migratoria en Chile” del presente *Informe 2018*.

68 Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión del 19 de agosto de 2014, párr. 66.

En relación con el tema que nos convoca, encontramos el derecho a la protección de la familia y la reunificación familiar. La CADH, en sus artículos 11 y 17, consagra el derecho a la protección de la familia y a la no injerencia arbitraria en la misma. Idénticos derechos plantea el PIDCP, en sus artículos 17 y 23; la Convención sobre los derechos del niño, en diversos artículos centrados en la relación del niño o niña con su familia, y la CTMyF en sus artículos 14 y 44.

La reunificación familiar es un derecho importante en sí mismo, que busca la unión de las familias y, además, es fundamental de considerar frente a las medidas que traigan como consecuencia la separación de sus integrantes como puede suceder, por ejemplo, con la expulsión de una persona.

A este respecto, la Corte IDH, sobre la base de la protección del interés superior del niño, ha indicado que:

En el contexto de la migración internacional, la práctica de expulsiones o deportaciones de personas con vínculos familiares en el país de destino es una de las situaciones que plantea con mayor claridad la tensión entre el poder soberano para determinar quiénes pueden ingresar o permanecer en su territorio, y las obligaciones de los Estados a proteger a la familia y a los niños. La protección del derecho a la vida familiar y del interés superior del niño requieren de los Estados la realización de un balance entre el ejercicio de las potestades antes mencionadas con el derecho a respetar y proteger la vida familiar, en particular en las situaciones en que los procedimientos de expulsión o deportación pueden representar una injerencia arbitraria al respeto de la vida familiar y al interés superior del niño. Cualquier procedimiento que acarree la consecuencia de separación familiar, debe ser eminentemente excepcional”.⁶⁹

Asimismo, llama a los Estados a valorar la medida de expulsión o deportación de padres y madres de niños y niñas, evaluando que la misma esté contemplada en la ley y que sea idónea, necesaria y proporcional, explicando qué significan cada uno de estos elementos en relación con los NNA.⁷⁰

Es preciso comprender que la protección de la familia y la prohibición de injerencias arbitrarias en ella es un derecho que tiene toda persona; que frente a una medida de expulsión del país, toda persona tiene derecho a permanecer con su familia, y que los niños y niñas como sujetos tienen, desde la consideración de su interés superior, el

69 *Ibíd.*, párr. 346.

70 *Ibíd.*, párrs. 275-279.

derecho primordial a vivir y desarrollarse junto a su familia. Por lo tanto, es importante que una legislación de migración contemple la reunificación familiar en este sentido, además de explicitar el interés superior del niño como una consideración principal a la que se atenderá en todos los procesos migratorios.

Nada de esto es considerado en el proyecto de ley. El derecho a la reunificación familiar se encuentra consagrado en el artículo 14, pero acotado solo para residentes. Así, en el proyecto se señala que:

Reunificación Familiar. Los Residentes podrán solicitar la reunificación familiar con su cónyuge o conviviente civil, padres, hijos menores de edad, hijos con discapacidad, hijos menores de 24 años que estudien en una institución educacional reconocida por el Estado y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría.

Lo anterior, a nuestro juicio, no tiene sentido. Si el proyecto de ley quiso manifestar que habrá mecanismos de solicitud de visa para los familiares que describe, entonces bastaba con establecerlos. En cambio, si lo que se busca es que la reunificación familiar, en relación con la protección de la familia, sea un derecho especialmente considerado, no puede sino establecerlo para todas las personas —y no solo para los residentes—, y como una cuestión especial a atender en los procedimientos migratorios, particularmente los sancionatorios como los que pueden concluir con una medida de expulsión.

El interés superior del niño como una consideración primordial no es siquiera mencionado en el proyecto de ley.

Ahora bien, una pregunta que podría aparecer en este punto es: ¿cuál es la necesidad de consagrar estos derechos en una ley de migraciones, si la propia Constitución y tratados internacionales establecen la protección de la familia y reunificación familiar, y la Convención de los derechos del niño es clara respecto al interés superior de estos? Creemos que la respuesta es la misma que se da respecto de la explicitación del reconocimiento de todos los demás derechos (como salud, educación, trabajo, etc.). Aunque haya tratados internacionales sobre la materia, ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, es necesario, sobre todo en un país legalista como el nuestro, que exista un desarrollo legal de los derechos, aplicados al tema en concreto y a sus procedimientos asociados, para que así no haya dudas en relación a su alcance.

1.6.2. Mujeres migrantes

En relación con este punto, comenzamos por señalar que el proyecto de ley, a diferencia del anterior presentado por el gobierno de la entonces

presidenta Michelle Bachelet,⁷¹ no contempla un lenguaje de género, refiriéndose siempre en masculino a las personas extranjeras.

Asimismo, tampoco se consideran criterios de visación especiales para mujeres migrantes, particularmente para aquellas que han sufrido violencia de género o intrafamiliar en su trayecto migratorio, o en su país de origen. Esto, aunque lamentable, es un fenómeno que ocurre en el mundo y que afecta especialmente a mujeres,⁷² quienes además pueden ser víctimas de tráfico o de trata de personas, circunstancia primera que tampoco forma parte de los criterios de otorgamiento de visas, como se señaló.

1.6.3. Personas con discapacidad

Las personas con discapacidad son mencionadas de forma bastante insuficiente, a nuestro juicio, en el proyecto de ley. Así, son contempladas en relación a la reunificación familiar explicada más arriba; en un artículo particular relacionado con que los cuidadores deben solicitar el permiso de residencia por la persona que no puede hacerlo (artículo 35),⁷³ y en cuanto a que los inmigrantes con discapacidad pueden solicitar una visación de residente oficial o de residente temporal en calidad de dependientes.⁷⁴

Consideramos que el enfoque debiera ser otro: las personas con discapacidad tendrían que tener un visado especial, el cual pueden solicitar también sus cuidadores. Por lo mismo, sugerimos la modificación del proyecto en este sentido, considerando la discapacidad como un criterio de otorgamiento de visación de titular a personas en esta situación, y a sus cuidadores.

CONCLUSIONES

Los Estados tienen la potestad de decidir quiénes pueden o no ingresar en sus territorios, pero considerando siempre como limitación los

71 Boletín 11395-06. Este proyecto, en todo caso, también presentaba falencias. Véase documento presentado por el Centro de Derechos Humanos ante Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización, disponible en: <https://www.camara.cl>

72 Más sobre esta temática puede revisarse en Andrea Aguilera, Lidia Casas, y Francisca Vargas, "Violencia sexual en contra de mujeres migrantes en su trayecto migratorio hacia Chile", en *Los efectos de la violencia sexual en contra de niñas y mujeres*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, pp. 128-129. A modo de ejemplo, además, puede revisarse el reportaje: *La Segunda*: "Migraciones y coyotes", Revista Viernes, 29 de junio de 2018.

73 Artículo 35. Personas con discapacidad. Para el caso de personas que no estén capacitadas para solicitar sus permisos de residencia o permanencia, o sus prórrogas, y que por ello requieran de un cuidador, tal como se define en la Ley N° 20.422, será este último quien estará obligado a presentar dichas solicitudes.

74 Artículos 53 y 66 del proyecto de ley.

derechos humanos de las personas. Esto implica entender la migración como una cuestión de derechos humanos y significa no imponer requisitos, visados o normativas, o permitir o tolerar prácticas, que resulten discriminatorias o, en general, que violen los derechos humanos de las personas migrantes.

El proyecto de ley presenta un claro avance entre la consagración de las prohibiciones de ingreso imperativas y facultativas, en comparación con la forma en que está prescrito en el Decreto Ley 1.094. Esto guarda relación tanto con las causales en sí mismas, como con algunos límites temporales que se ponen en cuanto a algunas de ellas. Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que ambos grupos de causales deben revisarse en cuanto a no dar espacio para la arbitrariedad y no transgredir la presunción de inocencia de la cual gozan todas las personas. En el mismo sentido, dejar abierta la posibilidad de aplicar o no una causal de prohibición de ingreso facultativa, puede llevar a situaciones de transgresión de derechos humanos, sobre todo si estamos hablando de poner en juego el derecho al libre tránsito de las personas bajo condiciones de igualdad y no discriminación, objetividad, proporcionalidad y razonabilidad, tal cual lo ha señalado la Corte IDH.

Por su parte, resulta positiva la consagración, más o menos explícita, de los principios de promoción de regularización migratoria y no criminalización de la migración, cuestiones que devienen de los estándares internacionales de derechos humanos; sin embargo, a lo largo del proyecto de ley estos principios no son desarrollados, incluso se establecen normas que apuntan en la dirección opuesta.

En cuanto a los permisos de residencia establecidos en el proyecto de ley, observamos bastantes diferencias en comparación al estado actual. Algunas cuestiones son positivas como, por ejemplo, la incorporación de las razones humanitarias como criterio que debe ser contemplado para el otorgamiento de visas, o la posibilidad de trabajar para personas dependientes. Esto último es positivo, aunque con matices, pues habría que delimitar el otorgamiento de visas en esta calidad para personas que trabajen solo en ciertas condiciones que no provoquen situaciones de vulnerabilidad o violencia económica.

Con todo, nos parece que el sistema de visados propuesto tiene más deficiencias que beneficios, teniendo como base los criterios de derechos humanos provenientes de tratados internacionales y de la interpretación de órganos internacionales como la Corte IDH. Primero, el señalar que por motivos “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte los nacionales de un país en particular” se podrá establecer la necesidad de contar con un visado de turismo consular, es del todo inadecuado. Con esto, se estigmatiza a ciertas nacionalidades, castigando a justos por pecadores y no atacando el problema de fondo que puede haber detrás de situaciones de este tipo. En segundo lugar, consideramos que

es muy grave prohibir el cambio de estatuto migratorio al interior del país, de permanencia transitoria (turista) a residencia temporal. Esto puede traer consigo situaciones absurdas, a la vez que puede terminar por promover la irregularidad migratoria y fortalecer a las redes de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas. Como explicamos, es bastante ingenuo pensar que un empleador esperará a que una persona turista a quien ofreció un trabajo regrese a su país de origen y tramite un visado. También es iluso creer que toda persona extranjera tendrá el dinero para ir y regresar nuevamente al país. ¿Qué sucederá, sobre la base de la propia experiencia chilena, frente a requisitos o trabas migratorias excesivamente onerosas? Probablemente las personas se quedarán en la clandestinidad, o decidirán venir a Chile de manera irregular. En relación con esto, explicamos que la visa de oportunidades, creada administrativamente por el actual gobierno, no contribuye, en verdad, a salvar la problemática mencionada. Esto porque tiene, en principio, una cuota muy baja de otorgamiento y, además, está enfocada en profesionales y técnicos, requisito que deja fuera a todas las personas que lo sean y no puedan acreditarlo, o que no lo sean pero quieran ejercer un oficio. Es difícil conseguir una migración ordenada, segura y regular, importando herramientas de gestión migratoria ajenas a nuestra realidad nacional.

En el mismo orden de ideas, creemos que las subcategorías migratorias deben tener como foco a la persona y no ser utilitaristas. En este sentido, conviene revisar las subcategorías para agregar algunas que no están contempladas, pero que existen administrativamente o forman parte de la realidad de los flujos migratorios que recibe el país.

Por último, dentro de esta temática, señalamos que es perjudicial no establecer como regla que las personas con una visa de residencia temporal podrán trabajar y postular a la residencia definitiva, lo cual se agrava cuando el plazo para pasar de un visado a otro depende de la autoridad, la cual, discrecionalmente, debe fijarlo dentro de un margen de tiempo bastante amplio establecido por la ley. Todo lo anterior, a nuestro juicio, propicia la discriminación arbitraria.

En cuanto al acceso a derechos, es importante que –desde la comprensión de la igualdad entre personas, con independencia de su nacionalidad y/o situación migratoria, y los derechos humanos que nacen también de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes– se establezca, sin distinción alguna, el acceso pleno de las personas migrantes a la salud, a la educación –de niños y niñas–, al trabajo y a la seguridad social. Consideramos que el proyecto de ley se aleja de estos estándares, de maneras más o menos evidentes, y eso es algo que debe ser modificado. Lo anterior es así, salvo en cuanto al derecho a la educación de niños y niñas, que es consagrado por el proyecto de ley sin ninguna clase de distinción, lo cual por cierto es un avance muy positivo y destacable.

En relación al tema de la nacionalidad chilena y la prevención de la apatridia, el proyecto contempla una definición de la excepción constitucional a la adquisición de nacionalidad por *ius soli*, el concepto de “extranjero transeúnte”, que retrocede en relación a los avances que se han producido en Chile respecto del entendimiento del mismo y contraviene los estándares internacionales en la materia.

En lo relativo al debido proceso y expulsiones, el proyecto de ley dista de estar cerca de los estándares internacionales en la materia. Aunque se consagra el debido proceso como un derecho general, en el desarrollo normativo no se cuenta verdaderamente con este derecho. Así, no se contempla un proceso previo a la dictación de la sanción más gravosa del ordenamiento jurídico, la cual es la medida de expulsión. Asimismo, las medidas de expulsión no encuentran progresividad, no se permite el uso de recursos de la Ley 19.880 para atacar estas medidas y la fase recursiva es no solo insuficiente, sino que, también, inadecuada. Por lo demás, existe la posibilidad de la reconducción inmediata de la persona migrante, lo cual en sí mismo es una antítesis del debido proceso y promueve situaciones que contravienen el principio de no devolución. Aunque es adecuado que el proyecto de ley establezca que el tiempo que durarán las prohibiciones de ingreso, como consecuencia de las medidas de expulsión, debe estar consagrado en la resolución que las dicta, no es apropiado que este tiempo pueda ser indefinido. Señalamos que, si se decidiera dejar esta opción, entonces debe establecerse que la misma será una medida de *última ratio*, solo para casos gravísimos y sea obligatorio explicitar los criterios para que sea procedente. En cuanto a la privación de libertad, nos parece que no corresponde dejar abierta la posibilidad de poder detener a las personas por un plazo tan amplio como son 5 días y –desde los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecidos por la Corte IDH– debieran buscarse mejores alternativas.

Por último, el proyecto de ley contiene un tratamiento muy deficiente en cuanto a protección de niños, niñas y adolescentes migrantes, mujeres migrantes y personas migrantes con discapacidad. No se contempla un uso adecuado del lenguaje para referirse a estos grupos, ni visados especiales que atiendan a la especial situación de vulnerabilidad a la que se podrían ver enfrentados y enfrentadas. Además, no se considera el principio de reunificación familiar, de manera tal que sea un derecho para todas las personas migrantes, y tampoco se establece el interés superior de niños y niñas como una consideración primordial a la que se atenderá en todos los procedimientos migratorios que les afecten.

Creemos que asimilar la migración como algo negativo es perjudicial para el país y que la xenofobia y el racismo no deben esconderse detrás de subterfugios legales con buena apariencia: simplemente no

tienen que existir. El proyecto de ley requiere de una revisión exhaustiva que busque el verdadero respeto, promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

RECOMENDACIONES

En razón de las conclusiones anteriores se recomienda al Estado:

1. Eliminar motivos discriminatorios en el sistema de visados. Permitir el cambio de estatus migratorio desde permanencia transitoria a residencia temporal. En lo referente a los criterios de subcategorías migratorias, es imperativo incorporar la niñez, el ser mujer víctima de violencia de género, la discapacidad y el ser víctima del delito de tráfico de personas, y sería conveniente la inclusión de la búsqueda de oportunidades laborales, dentro de dichas subcategorías. Por último, establecer como regla el que las personas con una visa de residencia temporal puedan trabajar y postular a la residencia definitiva, fijando un plazo único de estadía en el territorio nacional de 12 meses para hacer lo segundo.
2. Respecto de los derechos a la salud, laborales y seguridad social, respectivamente, eliminar las frases que condicionen el ejercicio de este derecho en forma contraria al ordenamiento de derechos humanos.
3. Establecer un adecuado proceso previo a la dictación de las medidas de expulsión, en donde la persona goce de todas las garantías de un debido proceso. Asegurar que la medida de expulsión sea una sanción de *ultima ratio*.
4. Permitir el uso de recursos de la Ley 19.880 para atacar las medidas de expulsión. Modificar el recurso judicial contemplado en la ley de modo tal que permita reclamar de la medida de expulsión en sentido amplio y no solo de la legalidad; que sea de doble instancia y tenga un plazo de interposición de 30 días corridos, sin perjuicio de otras acciones jurisdiccionales que puedan interponerse, como la acción de amparo o acción de protección.
5. Revisar las causales de prohibición de ingreso obligatorias y facultativas. Se sugiere la eliminación de las segundas, incorporando algunos de sus presupuestos en las primeras. También suprimir las causales que permiten a la autoridad migratoria de frontera impedir el ingreso de manera arbitraria.
6. Eliminar la reconducción inmediata, así como la posibilidad de que las prohibiciones de ingreso sean por un tiempo indefinido.

Sin embargo, si se decidiera dejar esta opción, entonces debe establecerse que la misma será una medida de *ultima ratio*, solo para casos gravísimos y explicitando los criterios para que esto sea procedente. Establecer un plazo de privación de libertad a efectos de ejecutar las medidas de expulsión de no más de 24 horas, y siempre que los plazos de interposición de recursos contemplados en la ley se encuentren vencidos o, habiéndose intentado estos, ellos hubiesen sido fallados en contra y notificados.

7. Incorporar el lenguaje de niñez y de género en el proyecto de ley. Asimismo, establecer el principio de reunificación familiar de manera adecuada, consagrándolo para todas las personas y no solo para residentes. En el mismo sentido, incorporar el interés superior del niño de manera explícita como una consideración primordial a la que se atenderá en todos los procedimientos migratorios que afecten a niños, niñas y adolescentes.
8. Excluir del concepto de extranjero transeúnte a las personas en situación migratoria irregular.

**PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD MENTAL:
EVALUACIÓN DE LAS COMISIONES
CREADAS POR LA LEY 20.584
SOBRE DERECHOS Y DEBERES
DE LOS PACIENTES¹**

1 Capítulo elaborado por Sebastián del Pino Rubio con la colaboración del alumno de la Facultad de Derecho UDP, Alonzo Ramírez Guerra.

SÍNTESIS

En este capítulo se abordará el modo en que el Estado cumple con las obligaciones que ha adquirido para prevenir la tortura que podría afectar a las personas con discapacidad mental o psicosocial en contextos de atenciones psiquiátricas. Para ello, se analizará especialmente la ejecución de las funciones que la Ley 20.584, socialmente designada “sobre derechos y deberes de los pacientes”, atribuye a la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales y las comisiones regionales de protección.

PALABRAS CLAVES: discapacidad mental, discapacidad psicosocial, prevención de la tortura, derechos y deberes de los pacientes.

INTRODUCCIÓN

A lo largo del desarrollo de la vida, todas las personas necesitamos un ambiente que favorezca nuestra salud mental y bienestar. Desde este punto de vista, es alta la potencialidad de, en algún momento de nuestra existencia, ser usuario o usuaria de dispositivos de atención psiquiátrica. Ciertas personas, que podrían presentar episodios de sufrimiento emocional o psíquico, necesitarán de apoyos y servicios más intensos para mantener un adecuado nivel de salud. En el caso de las personas con discapacidad mental, a lo largo de su vida se verán enfrentadas a múltiples barreras (explicadas por la percepción de su entorno de deficiencias reales o supuestas), lo que provocará que con mayor persistencia sean sometidas a violaciones de sus derechos humanos en centros de atención psiquiátrica.²

“Las cuestiones olvidadas generan personas olvidadas”, ha manifestado el relator especial de la Organización de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, a propósito de los bajos niveles de presupuesto que mundialmente se dedican a la salud mental y que generan una provisión de servicios deficiente.³ El caso chileno no es distinto dado que el financiamiento de la salud mental no ha aumentado conforme a los objetivos que las autoridades sanitarias han planteado, como son promover un modelo de atención comunitario y la prevención de diagnósticos mentales.⁴ Además del déficit presupuestario, también debe considerarse que en Chile no existe una ley de salud mental, que permita articular un sistema de atención integrado entre prestadores públicos y privados, sin discriminación y conforme a las obligaciones de derechos humanos adquiridas por el Estado en esta materia.⁵

2 Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, *Informe del relator*, 28 de marzo de 2017, párr. 4.

3 *Ibíd.*, párr. 7.

4 Paula Errázuriz, Camila Valdés, Paula Vöhringer y Esteban Calvo, “Financiamiento de la salud pública en Chile: una deuda pendiente”, *Revista médica de Chile*, 143, pp. 1179-1186.

5 Se discute actualmente en el Senado (segundo trámite constitucional) un proyecto de ley sobre salud mental (boletines 10.563-11 y 10.755-11, refundidos). A la fecha de cierre de la redacción de este capítulo (3 de septiembre de 2018), el último hito en la tramitación de este proyecto data del 17 de agosto de 2018.

La situación de olvido que afecta en general a la salud mental, se torna más compleja y profunda cuando se trata de personas con discapacidad. En 2017, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) presentó un estudio sobre las condiciones de vida en unidades psiquiátricas de larga estadía, en el cual se ven graficados los elementos mencionados en el párrafo anterior: modalidades de atención psiquiátrica que no se ajustan a las características del modelo comunitario; segregación de personas y espacios, cuestión que en sí misma importa incumplimiento de las obligaciones y estándares suscritos por el Estado; maltrato, abuso y escasa implementación de medidas de prevención, investigación y sanción efectiva de estas prácticas.⁶ Estos aspectos – que no se ajustan al paradigma o modelo social de la discapacidad, promovido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷ (CRPD, por sus siglas en inglés) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el cual debería imperar en la formulación de cualquier normativa o política pública dirigida hacia este grupo de especial atención– responden más bien a concepciones que deberían estar superadas.⁸

Puesto que coexisten prácticas contrarias al paradigma social que afectan a las personas con discapacidad y que, además, se han mantenido en el tiempo deficiencias estructurales de envergadura que dificultan el acceso a las atenciones de salud mental, es necesario que el Estado adopte mecanismos para prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en contextos de atención psiquiátrica.

6 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 2018, pp. 90-111.

7 Promulgada por el Decreto 201 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 17 de septiembre de 2008.

8 El modelo social de la discapacidad se basa en la profunda convicción de que dicha discapacidad se explica menos por la deficiencia física, sensorial, psicosocial o intelectual de la persona que por las barreras del entorno que impiden su real inclusión social. Este modelo se estructura sobre dos principios fundamentales: el primero de ellos es que la discapacidad es una cuestión dinámica, cuya profundidad dependerá de la remoción de las barreras (arquitectónicas, procedimentales, informáticas, etcétera); el segundo principio guarda relación con el hecho de que la diversidad tributada por las personas con discapacidad es una virtud social. El modelo social de la discapacidad es una respuesta a enfoques anteriores, como el asistencialista o caritativo, el cual no reconocía a las personas con discapacidad como sujetos de derechos; o el médico que, a diferencia de lo que plantea el enfoque social, situaba a la discapacidad netamente en la persona y su deficiencia, sin considerar factores ambientales.

1. OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y ESTÁNDARES DE CUMPLIMIENTO RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL⁹

En primer término, cualquier persona que reciba atención médica puede ser afectada en sus derechos; sin embargo, en el ámbito de la psiquiatría esta latencia (o al menos, posibilidad) parece presentarse con mayor intensidad debido a las condiciones históricas bajo las cuales se ha formulado tal disciplina: desarrollo y aplicación de tratamientos sin las bases científicas necesarias, prescindencia de la voluntad de la persona tratada, establecimiento de espacios destinados exclusivamente para la *locura* (asilos, manicomios). En segundo término, cualquier persona que se enfrenta al sistema psiquiátrico puede ser afectada de un modo u otro, pero las personas con discapacidad mental están más expuestas a este riesgo. Si a este cuadro sumamos el abandono por parte de sus familias y el olvido social, confluyen en estas personas –sobre todo cuando viven en contextos de encierro institucional– condiciones particulares que facilitan los abusos y el atropello a la dignidad humana y que, por lo tanto, reclaman al Estado estándares más altos para asegurar su protección.

Esta situación ha sido abordada por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 9 titulada *Los derechos de los niños con discapacidad*, del 27 de febrero de 2007. A propósito de la prohibición de la violencia, los descuidos y el abuso, este Comité planteó que:

Los niños con discapacidad son más vulnerables a todos los tipos de abuso, sea mental, físico o sexual en todos los entornos, incluidos la familia, las escuelas, las instituciones privadas y públicas [...]. Su vulnerabilidad particular se puede explicar, entre otras cosas, por las siguientes razones principales: b) Vivir aislados de los padres, de los hermanos, de la familia ampliada y de los amigos aumenta la probabilidad de los abusos (párrafo 42).

Las condiciones advertidas por el Comité de los Derechos del Niño se mantienen en la vida adulta de las personas con discapacidad mental, especialmente cuando viven institucionalizadas. Quinn y DeGENER han precisado que la tortura y los tratos inhumanos o degradantes constituyen un riesgo serio dentro de las dinámicas que se establecen en los centros hospitalarios donde residen y son tratadas las personas con discapacidad mental:

9 Para efectos de esta investigación, las voces “obligación” y “estándar” no se consideran en una condición dicotómica entre instrumentos de carácter vinculante y aquellos que carecen de tal condición (*hard law/soft law*, como ha venido a indicar parte de la doctrina iuspublicista).

El derecho a no ser sometido a torturas y tratos inhumanos o degradantes también puede ser violado cuando una persona con discapacidad es internada en una institución [...] Las prácticas de atención y tratamiento en instituciones pueden estar muy lejos de las normas mínimas necesarias para respetar el valor de la dignidad humana y la autonomía. En otras épocas, los derechos de esos grupos marginados y olvidados no han sido defendidos ni desde fuera del sistema (por las ONG) ni desde dentro, aunque se ha observado un cambio palpable en los últimos tiempos.¹⁰

La mayor vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental también ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en los siguientes términos:

Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.¹¹

El relator especial sobre la tortura ha manifestado que mientras, originalmente, esta práctica fue prohibida en contextos como el interrogatorio, castigos o intimidación de detenidos, la comunidad internacional ha reconocido que también puede ocurrir en otros contextos.¹² La Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), siguiendo la doctrina del relator especial recién citada, ha manifestado que las instituciones psiquiátricas están consideradas entre los entornos donde las personas se encuentran en mayor riesgo de sufrir abusos, los que podrían equivaler a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (*ill-treatment*).¹³

10 Gerard Quinn y Theresa Degener, *Derechos Humanos y Discapacidad*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2006, p. 28. En la *Propuesta de Plan Nacional sobre inclusión social de personas en situación de discapacidad* (2016), se consignó un diagnóstico similar al de Quinn y Degener: "La generalidad de las personas con discapacidad, debido a la falta de apoyo o asistencia personal, debe necesariamente vivir bajo el cuidado de sus familias o en una institución pública. El Estado no proporciona una red de apoyo, que permita a la persona con discapacidad tener mayor autonomía. Esta ausencia de apoyos profundiza la situación de dependencia, y dicha dinámica suele carecer de regulación o control. Por tanto, facilita los abusos, y violaciones, no pudiendo ser éstas investigadas por la falta de acceso a la justicia" (p. 63).

11 Corte IDH, *Ximenes Lopes versus Brasil*, 4 de julio de 2006, párr. 129.

12 Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, *Informe del Relator*, 1 de febrero de 2013, párr.15.

13 Association for the Prevention of Torture, *Jean-Jacques Gautier, NPM Symposium Monitoring Psychiatric Institutions*, 2016, p. 9.

La prohibición absoluta de la tortura ha sido establecida específicamente en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU, 1975), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁴ (ONU, 1984; CAT, en adelante) y la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura¹⁵ (OEA, 1985; CIPST, en adelante),¹⁶ todas ratificadas por Chile. Como ha sido planteado por Salado Osuna:

Los malos tratos (la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) están prohibidos en el Derecho Internacional contemporáneo con carácter absoluto en el sentido de que no pueden ser objeto de derogación, ni siquiera en caso de peligro público que amenace la vida de la nación. De ahí que en la actualidad tales prohibiciones tengan una doble dimensión normativa: norma del Derecho Internacional general (obliga a todos los Estados al margen de cualquier vínculo convencional) y norma convencional (obliga a todos los Estados que están vinculados con el tratado de derechos humanos que contenga la prohibición). Sin embargo, sólo la tortura en tanto norma del Derecho Internacional general ha alcanzado la categoría de *ius cogens* (imperativa y perentoria).¹⁷

En tanto norma de *ius cogens*, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la prohibición de la tortura es una norma imperativa de derecho internacional general, establecida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Esta clase de normas –dada su entidad– no puede ser derogada, salvo por otra del mismo rango, y cualquier tratado contrario a una norma de *ius cogens* es nulo.

La proscripción absoluta de la tortura, en tanto norma internacional imperativa, alcanza un desarrollo específico mediante los instrumentos convencionales que la han tratado particularmente. En ambas Convenciones –CAT y CIPST– se considera que la tortura es una figura agravada de la violación del derecho a la integridad y en la escala

14 Promulgada por el Decreto 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988.

15 Promulgada por el Decreto 809 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988.

16 Liliana Galdámez, "La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año 1, N° 2, septiembre de 2006, p. 90.

17 Ana Salado Osuna, "La tortura y los otros tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)", en Roca García y Pablo Santolaya, coordinadores, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 97.

inmediatamente inferior se sitúan los otros tratos prohibidos. La definición de la tortura, aunque con diferencias, está determinada por ciertos elementos: i) sujeto activo calificado, ii) elemento teleológico, iii) intención en el sujeto activo y iv) un resultado.¹⁸ Sin embargo, los instrumentos citados presentan diferencias sobre la estimación de estos diversos elementos. En el siguiente cuadro, se sintetizan tales matices entre las Convenciones coexistentes:

Tabla 1. Diferencias en la regulación contra la tortura en la CAT y la CIPST

Elemento	CAT	CIPST
Sujeto activo	Los actos constitutivos de tortura y otros tratos deben ser ejecutados por agentes del Estado u otras personas a instigación suya; otras personas que actúan en servicio de funciones públicas o con el consentimiento o aquiescencia de un agente del Estado.	Se contempla la actuación de funcionarios públicos que actuando en ese carácter cometan directamente actos constitutivos de tortura u otros tratos; u ordenen, instiguen o induzcan su comisión. También habrá responsabilidad del Estado cuando un funcionario no impida la tortura pudiendo hacerlo.
Elemento teleológico	La tortura debe perseguir una finalidad: -Para conseguir información. -Como medio de castigo. -Como medio para coaccionar o intimidar. -Por razón de discriminación.	La regulación de este aspecto también es más amplia. Las finalidades en este caso son: -Medio de investigación criminal. -Castigo. -Medida preventiva. -Pena. -Para anular la personalidad de la víctima. -Para disminuir su capacidad física o mental. -Cualquier otra finalidad.
Resultado	Mediante la tortura se producen dolores o sufrimientos graves ya sean físicos o mentales.	Se busca que la tortura produzca penas o sufrimientos físicos o mentales (no se exige gravedad).
Intención	Este es un elemento común a ambas Convenciones: debe haber voluntad o ánimo del sujeto activo de torturar o causar dolor.	

Las diferencias advertidas en el cuadro anterior entre ambas Convenciones no implican que sean incompatibles, sino complementarias entre sí. Esta aseveración se sustenta en dos fundamentos, uno de carácter convencional y otro dado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH– en tanto órgano de control:

18 Liliana Galdámez, “La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, op.cit., p. 90.

- El artículo 1.2 de la CAT, luego de haberse definido qué se entenderá por tortura, agrega: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. Esto significa que aun cuando la definición de tortura entregada por la CAT es restrictiva, mediante la disposición citada abre la posibilidad de preferir otras regulaciones contra la tortura de mayor alcance, tal como la CIPST.
- En la sentencia del *caso Maritza Urrutia versus Guatemala*, el juez Cançado Trindade en voto concurrente (párrafo 2), manifestó que las distintas convenciones coexistentes de combate a la tortura –la de la ONU de 1984 (CAT), de la OEA de 1985 (CIPST), e incluso la europea de 1987– más que compatibles, son complementarias.

Entre los marcos regulatorios internacionales relacionados con la prohibición absoluta de la tortura, el maltrato y el abuso, también se encuentra la CRPD. Este tratado establece protección especializada contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15); protección contra la explotación, la violencia y el abuso (artículo 16); y una protección reforzada de la integridad física y psíquica (artículo 17):

Artículo 15 Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 16 Protección contra la explotación, la violencia y el abuso

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.
2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las

personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.

3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

Artículo 17 Protección de la integridad personal

Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.

Los tres artículos transcritos conforman un cuerpo mínimo que protege diversos bienes jurídicos de las personas con discapacidad, tales como la dignidad y la integridad física y psíquica. Específicamente, en el artículo 15.1 primera parte, se establece una protección abstracta de la tortura, sin que se entregue una definición de la misma. En la segunda parte de este artículo, se recoge una especial forma de tortura que puede afectar a las personas con discapacidad en términos amplios que, sin embargo, podría ser prevalente en el caso de las personas con discapacidad mental que viven institucionalizadas: el mero sometimiento a experimentos médicos o científicos, sin el consentimiento de la persona, es constitutivo de tortura.

A pesar de que el artículo 15.1. de la CRPD no entrega un concepto de tortura, ha sido la jurisprudencia del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CRPD, en adelante) el que – al decidir sobre comunicaciones individuales, en ejercicio de las competencias que le entrega el Protocolo Facultativo de la CRPD– ha

entendido el concepto de tortura de acuerdo a lo dispuesto en la CAT. En el dictamen de la comunicación individual N° 22/2014, del 31 agosto de 2017, el Comité CRPD ha establecido:¹⁹

- Una definición del concepto de tortura conforme al artículo 1° CAT (párrafo 8.5)
- La obligación de sancionar los actos de tortura y los otros tratos, ya sea que fueran cometidos por agentes estatales o particulares, en conformidad a la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Humanos (párrafo 8.6).
- La omisión de persecución de los hechos de tortura y otros tratos debe entenderse como una causa de revictimización y es constitutiva de tortura psicológica y malos tratos (párrafo 8.6).
- Lo dispuesto en el artículo 17 de la CRPD relativo a la protección de la integridad física y mental, incluye la prohibición de la tortura física y mental, los tratos y castigos inhumanos y degradantes, así como una amplia gama de formas menos graves de interferencia con el cuerpo y la mente de una persona (párrafo 8.7).

En el dictamen de la comunicación individual N° 8/2012, del 18 de junio de 2014, el Comité CRPD ha establecido:²⁰

- Una infraestructura inadecuada para personas con discapacidad y las precarias condiciones de cuidado sanitario constituyen un atropello a la dignidad y un trato inhumano (párrafo 8.4), que viola el contenido del artículo 17 de la CRPD (párrafo 8.6), por tanto, puede configurarse un trato contrario al artículo 15.2 de la CRPD (párrafo 8.7).
- Las personas con discapacidad tienen derecho, conforme al artículo 25 de la CRPD, a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación, lo que incluye la rehabilitación. Además, conforme al artículo 26 de la CRPD, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, y participar en la sociedad. Estas disposiciones, al ser leídas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14.2 de la CRPD, indican que los Estados están en una posición de

19 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Communication No. 22/2014, Views adopted by the Committee at its eighteenth session, 2017.*

20 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Communication No. 8/2012, Views adopted by the Committee at its eleventh session, 2014.*

garante cuando las personas con discapacidad están privadas de libertad, pues están sometidas a un fuerte control y dominio (párrafo 8.9).

- En este contexto, cobra particular relevancia la obligación adquirida por el Estado, en virtud del artículo 15. 2 de la CRPD, en orden a adoptar todas las medidas necesarias, ya sean legislativas, judiciales o administrativas, para evitar que las personas con discapacidad sean sometidas a torturas u otros tratos de similar naturaleza.

El artículo 15.2 de la CRPD, junto a los dictámenes del Comité CRPD previamente citados, ponen de manifiesto que la sola prohibición de la tortura y otros tratos de similar naturaleza, no basta para mantener la indemnidad de los bienes jurídicos que esta disposición entraña, sino que, además, el Estado debe establecer las medidas necesarias para evitar que las personas con discapacidad sean sometidas a prácticas constitutivas de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Conjuntamente a la obligación formulada en el artículo 15.2, el artículo 16.3 de la CRPD manifiesta que, a fin de impedir casos de explotación, violencia y abuso, el Estado debe asegurar que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.

Tal como lo ha expresado el relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, la mayor exposición de las personas con discapacidad a la tortura, maltrato, violencia y abuso, evidencian la necesidad de establecer mecanismos de rendición de cuentas, los cuales brindan a las personas “la oportunidad de comprender la manera en que los garantes de derechos han cumplido sus obligaciones y de exigir reparación en caso de que se hayan vulnerado” sus prerrogativas.²¹ Se ha planteado que los mecanismos de rendición de cuentas dependen, al menos, de tres elementos: a) la vigilancia; b) los exámenes independientes y no independientes, así como los mecanismos de responsabilidad social; y c) las vías de recurso y reparación.²²

En aras de establecer mecanismos de rendición de cuentas que monitoreen el cumplimiento de la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos de similar naturaleza en contra de personas con discapacidad, el Comité CRPD, en 2016, en el contexto del primer

21 Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, *Informe del Relator*, 28 de marzo de 2017, párr. 51.

22 *Ibid.*

examen del Estado de Chile sobre el cumplimiento del tratado que supervigila, recomendó que “se revise el mandato de la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales y se asegure que la Comisión ejerza funciones de prevención y protección de tales derechos, en línea con la Convención”,²³ a fin de que las conductas contrarias al artículo 15 de la CRPD –como psicocirugías, tratamientos electroconvulsivos, aislamientos prolongados en celdas sin calefacción ni servicios básicos, contenciones físicas y otros tratamientos considerados crueles, inhumanos o degradantes, con el único propósito de “disciplinar” o “corregir conductas desviadas”, a personas con discapacidad psico-social– sean adecuadamente investigadas y se puedan establecer las responsabilidades administrativas y penales correspondientes. Además, el Comité CRPD recomendó al Estado:

La creación del mecanismo nacional para la prevención de la tortura en cumplimiento de la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y que dentro de su mandato se contemple la supervisión por visitas a los centros psiquiátricos y albergues de larga estadía de personas con discapacidad. Mientras se crea tal mecanismo, el Comité urge al Estado parte a realizar visitas de supervisión a dichos centros de privación de libertad por parte de autoridades independientes, tales como jueces o el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

De acuerdo a lo manifestado por el Subcomité para la Prevención de la Tortura, este organismo está mandatado para “visitar los lugares donde se encuentran personas privadas de libertad, lo que incluye instalaciones que prestan servicios de atención de la salud”;²⁴ interpretación que es seguida por la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) al considerar que las instituciones psiquiátricas deben ser entendidas como lugares de privación de libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 4° del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, instrumento internacional adoptado el año 2002, cuyo propósito particular es prevenir la tortura mediante el establecimiento de un sistema de visitas regulares a sitios de detención.²⁵

23 Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile*, 2016, párr. 34.

24 Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, *Enfoque respecto de los derechos de las personas institucionalizadas y bajo tratamiento médico sin consentimiento informado*, 2016, párr. 2.

25 Association for the Prevention of Torture, *Jean-Jacques Gautier. Op. cit.*, p. 5.

A pesar de que el sistema interamericano fue pionero en la adopción de un instrumento vinculante sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad²⁶ (1999), no incluye una prohibición específica de la tortura y otros tratos de similar naturaleza. No obstante, la Corte IDH ha desarrollado importantes estándares de protección al respecto en su sentencia del caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, del 4 de julio de 2006, a partir de los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 4 (derechos a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En este sentido, los principales estándares desarrollados por la Corte IDH son:

- Párrafo 138. Con la finalidad de determinar las obligaciones del Estado en relación con las personas que padecen de una discapacidad mental, la Corte estimó necesario tomar en cuenta, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el Estado con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes el Estado tiene la obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna.
- Párrafo 141. La Corte estableció que el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicios de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas.
- Párrafos 145 y 189. En virtud de la debida diligencia, el Estado tiene el deber de regular la atención de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción e iniciar inmediatamente las investigaciones de los hechos irregulares que se produzcan en su contexto.

26 Promulgada por el Decreto 99 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 20 de junio de 2002.

Tabla 2. Síntesis de obligaciones y estándares relacionados con el establecimiento de medidas para prevenir, detectar, investigar, juzgar y sancionar la tortura y otras conductas contra personas con discapacidad mental

Obligación	Estándares de cumplimiento	Fuente
Adopción de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para evitar la tortura y tratos de similar naturaleza, la explotación, la violencia y el abuso.	Estas medidas deben ser eficaces para detectar, investigar, juzgar y sancionar la tortura y tratos de similar naturaleza, la explotación, la violencia y el abuso.	Art. 15.2 CRPD Art. 16.5. CRPD Art. 8 CADH Art. 25 CADH Dictamen Comité CRPD 8/2012. Dictamen Comité CRPD 22/2014, párr. 8.6 Corte IDH, <i>Ximenes Lopes versus Brasil</i> , párr. 145 y 189.
Asistencia y apoyo para prevenir la tortura y tratos de similar naturaleza, la explotación, la violencia y el abuso.	Esta asistencia debe incluir la provisión de información y educación para prevenir, reconocer y denunciar la tortura y tratos de similar naturaleza, la explotación, la violencia y el abuso.	Art. 16.2 CRPD
Los programas diseñados para personas con discapacidad deben ser supervisados por autoridades independientes.	Los mecanismos de supervisión deben vigilar, lo que permite prevenir la tortura, la explotación, la violencia y el abuso, y detectar esta clase de conductas. Los mecanismos de supervisión deben estar dotados de independencia funcional. Los mecanismos de supervisión deben contemplar recursos de reclamación y posibilidades de reparación. Los mecanismos de supervisión deben incluir dentro de su mandato la revisión de establecimientos psiquiátricos y albergues de larga estadía para personas con discapacidad mental.	Art. 16.3 CRPD Art. 4 OPCAT Observaciones finales del Comité CPRD al informe inicial de Chile, párrs. 34 y 38. Informe del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, párr. 51.

Obligación de protección reforzada respecto de personas con discapacidad mental institucionalizadas.	El Estado asume una posición de garante frente a las personas con discapacidad mental que se encuentran bajo su custodia o cuidado.	Art. 4 CADH Art. 5 CADH Corte IDH, <i>Ximenes Lopes versus Brasil</i> , párr. 138.
Obligación de regular y fiscalizar instituciones que otorgan prestaciones de salud.	Esta obligación se extiende respecto a prestadores públicos y privados.	Art. 4 CADH Art. 5 CADH Corte IDH, <i>Ximenes Lopes versus Brasil</i> , párr. 141.

2. LAS COMISIONES DE PROTECCIÓN CREADAS POR LA LEY 20.584 SOBRE DERECHOS Y DEBERES DE LOS PACIENTES

El antecedente reglamentario directo de las comisiones establecidas por la Ley 20.584 es el artículo 59 del Decreto 570 –que aprueba el reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan (publicado el 14 de julio de 2000)– el cual dispone:

Artículo 59.- Este reglamento entrará en vigencia al cabo de seis meses contados desde la fecha de su publicación en Diario Oficial de la República, una vez que haya sido tomado razón por la Contraloría General. Durante dicho período, se constituirá la Comisión Nacional de Protección de las Personas Afectadas de Enfermedades Mentales, en el Ministerio de Salud.

Las prerrogativas de esta Comisión guardaban relación con el conocimiento de las extensiones o prórrogas de internaciones psiquiátricas de carácter voluntario, ya fueran programadas o de urgencia (artículo 12); el resguardo de los derechos de los pacientes a los cuales se les indicaran tratamientos o procedimientos irreversibles, es decir, aquellos que se traduzcan en cambios físicos o psíquicos inmodificables para la persona (artículo 25); y asesorar al Ministerio de Salud ante reclamos efectuados por aquéllos que “sientan amenazados, perturbados o infringidos los derechos” que reconoce el reglamento del Decreto 570 (artículo 58).

Mediante la publicación de la Ley 20.584 (24 de abril de 2012) esta institucionalidad se amplió y mejoró. El trámite legislativo de esta ley fue iniciado mediante mensaje de la expresidenta Michelle Bachelet, de fecha 26 de julio de 2006. En dicho mensaje se estableció expresamente que:

La inspiración de los derechos a garantizar aquí propuestos, se recoge de los distintos instrumentos de derecho internacional, tales como pactos, convenios y declaraciones dictados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, como de la Organización de Estados Americanos. Entre otros, cabe señalar la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).²⁷

En concordancia con las fuentes inspiradoras del proyecto, el mensaje presidencial también señaló que no se buscaba crear nuevos derechos, sino que el proyecto tenía por objeto explicitar los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, pero aplicados concretamente a las situaciones que se producen en contextos de prestaciones de salud.

Además, el mensaje establecía que uno de los principios inspiradores del proyecto era el respeto por las personas con discapacidad psíquica o intelectual: “el proyecto busca de alguna manera superar la decimonónica distinción entre capaces e incapaces, recogiendo lo que la ciencia hoy acepta, esto es, la existencia de distintos niveles de competencia que debe ser reconocida, al menos en lo que concierne a las decisiones en materia de salud”.²⁸ Lamentablemente, ni el proyecto original ni el resultado final de los diversos trámites legislativos fueron capaces de solventar esta alta y necesaria expectativa.²⁹ En el desarrollo del contenido de este mismo principio, el mensaje explicitaba que la existencia de comisiones de protección de derechos de las personas con discapacidad mental era una medida básica “para impulsar el cambio cultural que se requiere para disminuir las brechas de discriminación que afectan a las personas con discapacidad psíquica o intelectual”.³⁰

27 Historia de la Ley 20.584, p. 6.

28 *Ibid.*, p. 9.

29 Lo cierto es que el mencionado sistema decimonónico de la capacidad legal, que se desprende del artículo 1447 del Código Civil, no ha sido reformado. Nuestras normas sobre capacidad legal, cuando se refieren a las personas con discapacidad, se erigen sobre un paradigma binario, es decir, distinguen exclusivamente entre personas capaces e incapaces, desconociendo una gran cantidad de situaciones intermedias que se encuentran entre esos dos extremos. El sistema actual implica una completa prescindencia de la persona que es declarada interdicta, cuya voluntad es reemplazada enteramente por un tercero que quedará sujeto a escasos o derechamente nulos mecanismos de rendición de cuentas, es decir, por el tutor o curador. El Estado de Chile, mediante la ratificación de la CRPD, se encuentra obligado a reformar sus normas sobre capacidad legal conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de este tratado, complementado por los estándares precisados en la Observación General N° 1 sobre el igual reconocimiento de la persona con discapacidad ante la ley, del Comité CRPD.

30 Historia de la Ley 20.584, p. 10.

La Ley 20.584 vino a consagrar legalmente el establecimiento de una institucionalidad específica para velar por los derechos de las personas que reciben algún tratamiento psiquiátrico o derechamente presentan alguna discapacidad de origen mental. De acuerdo al artículo 29 de esta ley:

El Ministerio de Salud deberá asegurar la existencia y funcionamiento de una Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales y de Comisiones Regionales de Protección, una en cada región del país, cuya función principal será velar por la protección de derechos y defensoría de las personas con discapacidad psíquica o intelectual en la atención de salud entregada por los prestadores públicos o privados, sea en las modalidades de atención comunitaria, ambulatoria, hospitalaria o de urgencia.

A continuación, el mismo artículo 29 indica las atribuciones principales de la CONAPPREM, entre las que destacan:

Tabla 3. Facultades legales de la CONAPPREM

Promover, proteger y defender los derechos de las personas con discapacidad mental cuando sean o puedan ser vulnerados.
Proponer al Ministerio de Salud las directrices técnicas y normas complementarias que garanticen la aplicación de la Ley 20.584 en relación a los derechos de las personas con discapacidad mental.
Coordinar y velar por el buen funcionamiento de las comisiones regionales.
Proponer a la Subsecretaría de Salud Pública la vinculación y coordinación de la CONAPPREM con otros organismos de derechos humanos, ya sean públicos o privados.
Revisar reclamos contra lo obrado por las comisiones regionales.
Revisar las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles.
Revisar hechos que involucren vulneración de derechos de las personas y muertes ocurridas durante la hospitalización psiquiátrica.

Fuente: Artículo 29, inciso primero, de la Ley 20.584

Por su parte, las prerrogativas de las comisiones regionales son:

Tabla 4. Facultades legales de las comisiones regionales

Efectuar visitas y supervisar las instalaciones y procedimientos relacionados con la hospitalización y aplicación de tratamientos a personas con discapacidad mental.
Revisar las actuaciones de los prestadores públicos y privados en relación a las hospitalizaciones involuntarias y a las medidas o tratamientos que priven a la persona de desplazamiento o restrinjan temporalmente su contacto con otras personas, y controlar dichas actuaciones, medidas y tratamientos periódicamente.

Revisar los reclamos que los usuarios y cualquier otra persona en su nombre realicen sobre vulneración de derechos vinculados a la atención en salud.
Emitir recomendaciones a la autoridad sanitaria sobre los casos y situaciones sometidos a su conocimiento o revisión.
Recomendar a los prestadores institucionales e individuales la adopción de las medidas adecuadas para evitar, impedir o poner término a la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual.
Cumplir y ejecutar las directrices técnicas emitidas por el Ministerio de Salud.

Fuente: Artículo 29, inciso segundo, de la Ley 20.584

3. JUSTIFICACIÓN Y METODOLOGÍA DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

Los antecedentes consignados en los numerales anteriores han tenido por finalidad graficar la necesidad de abordar críticamente y desde una perspectiva de derechos humanos la labor que desempeña la CONAPPREM y las comisiones regionales de protección, con el fin de determinar en qué grado el Estado cumple con sus obligaciones internacionales sobre prevención, protección, sanción y reparación de la tortura y otros tratos de similar naturaleza cometidos en contra de personas con discapacidad mental en contextos de prestaciones psiquiátricas.

Con este propósito, fueron formulados diversos indicadores para medir la efectividad de estas comisiones y se contrastaron con información que proporcionó el Ministerio de Salud mediante solicitudes de acceso a la información pública (transparencia). También se solicitó información, por la misma vía de acceso descrita, a otros organismos que en razón de sus propias facultades podrían desarrollar un trabajo colaborativo con la CONAPPREM y comisiones regionales.

La información obtenida mediante solicitudes de acceso a la información pública fue complementada con datos cualitativos, conseguidos mediante entrevistas semi-estructuradas que se practicaron a informantes clave, tales como exintegrantes de las mismas comisiones y personas relacionadas con la psiquiatría y la defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental y, fundamentalmente, a usuarios y usuarias del sistema psiquiátrico que de algún modo hubieren visto afectados sus derechos y sus casos hayan sido conocidos por la CONAPPREM o alguna de las comisiones regionales de protección.

Sobre la base de los resultados obtenidos a partir de la aplicación de los indicadores mencionados, de la información obtenida en virtud de los procedimientos de transparencia pasiva y los datos cualitativos que fueron aportados por los informantes clave mediante entrevistas, se

efectuó una sistematización de los problemas y déficits que enfrentan o presentan las comisiones, cuyos principales resultados se detallan a continuación.

4. INFORMACIÓN ORGÁNICA

Mediante la solicitud de acceso a la información pública 5067, del 10 de mayo de 2018, se requirieron datos relacionados con aspectos orgánicos de la CONAPPREM y comisiones regionales, los que se detallan en las tablas 5 y 6. Este requerimiento no fue contestado en los plazos ordinarios establecidos en la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública, y parte de la información –solo la relativa a la CONAPPREM– fue entregada en el contexto de un reclamo de amparo (C2595-18, del 13 de junio de 2018) iniciado ante el Consejo para la Transparencia (CPT).

Respecto a la creación de la CONAPPREM, además de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 20.584, debe considerarse el Decreto 23 del Ministerio de Salud, del 12 de junio de 2012. En el artículo 1° de este decreto se establece que la CONAPPREM tendrá su sede en el gabinete ministerial y que contará con una Secretaría Ejecutiva conformada por el personal que para tal efecto asigne el Ministerio de Salud.

En el artículo 2° del Decreto 23 se regula la integración de la CONAPPREM, que se conforma por los siguientes miembros, quienes desempeñan sus labores *ad honorem*: un representante del Colegio Médico, con experiencia o especialización en las áreas de psiquiatría o salud mental; un representante del Colegio de Psicólogos, con experiencia o especialización en psicología clínica; un representante del Colegio de Abogados, con especialización o conocimientos en servicios asistenciales de salud mental; dos personas en representación de las sociedades científicas del área de la salud mental; dos representantes de las asociaciones de usuarios de salud mental; dos representantes de las asociaciones de familiares de personas con discapacidad psíquica o intelectual; y un representante de la autoridad sanitaria designado por elección del ministro de la cartera, según los candidatos propuestos por las subsecretarías de Salud Pública y de Redes Asistenciales, quien actuará como presidente de la Comisión.

La Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM, mencionada en el artículo 1° del Decreto 23, está compuesta por tres personas, que desempeñan funciones bajo un convenio de honorarios y cumplen una jornada parcial de trabajo. Las profesiones de las personas que trabajan en la Secretaría Ejecutiva y los datos relativos a si cuentan con formación en materia de derechos humanos, especialmente de las personas con discapacidad, no fueron informados.

En lo que respecta al número de sesiones celebradas por la CONAPPREM, solo se informó que se han efectuado 41 reuniones ordinarias y 17 extraordinarias, pero sin especificar la época de su celebración, a pesar de que se requirió que la información fuera desagregada, al menos, de acuerdo a los siguientes años: 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018. Por su parte, se informó que la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM sesiona una vez a la semana.

Estos primeros datos ya revelan algunas deficiencias de la CONAPPREM. Que su sede esté directamente en el gabinete del Ministerio de Salud constituye un impedimento mayor para el cumplimiento autónomo y objetivo de las funciones que la ley encomienda a este órgano, pues ello mismo implica revisar acciones ejecutadas en los hospitales y otros dispositivos de atención médica que integran los diversos servicios de salud que existen en el país. Esta perspectiva de análisis se torna más compleja al considerar las declaraciones de la defensora de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial, Marcela Benavides, quien integró la CONAPPREM entre el 2000 y el 2011: “la Comisión no tenía ni tiene capacidad resolutoria. Tiene capacidad fiscalizadora, pero no tiene capacidad resolutoria ni sancionatoria. No tiene capacidad para judicializar tampoco, no la tiene. Lo peor de la comisión es la falta de presupuesto y autonomía”.³¹

La condición anterior, de acuerdo a lo declarado por Marcela Benavides, se traduce en que la Comisión “nunca ha podido fiscalizar adecuadamente a la autoridad sanitaria; decirle ‘ordéñese, dígame ¿cuántas internaciones hizo este año, a cuántas le levantó la medida, revisó la medida, era justificada, se consiguió el propósito?’”. Este aspecto, es directamente contrario a lo dispuesto en el artículo 16.3 de la CRPD, según el cual todos los programas para personas con discapacidad deben ser supervisados por autoridades independientes, con el propósito de evitar casos de explotación, violencia y abuso.

Por otra parte, la composición que determina el artículo 2° del Decreto 23 no asegura que la actividad de este órgano esté informada por la doctrina de los derechos humanos, que, según se ha visto, es particularmente relevante en lo que respecta al establecimiento de estándares para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes en contextos de atenciones psiquiátricas, máxime cuando estos se dirigen a personas con discapacidad psicosocial. Que no se asegure un análisis desde una perspectiva de derechos humanos en las actividades que son propias de la CONAPPREM se torna particularmente complejo cuando se estima que esa rama del derecho, en diálogo con otras áreas del conocimiento, han desarrollado

31 Entrevista realizada el 1 de junio de 2018.

perspectivas que tensionan planteamientos clásicos de la psiquiatría y han promovido importantes revisiones de prácticas y procedimientos utilizados durante décadas sin cuestionar en sentido estricto, hasta ahora, las consecuencias (muchas de ellas irreversibles) que provocan o podrían provocar en la persona.

Sobre esta materia, Marcela Benavides manifiesta que mientras fue parte de la comisión, la entidad estuvo presidida por un psiquiatra lo que produjo un fenómeno que ella denomina “doctoreo”, es decir, “una manera de imponer la autoridad médica o sanitaria por sobre el resto de las personas”, lo que dificultaba el diálogo entre los diversos miembros de este órgano. Agrega Benavides:

Si usted arma una comisión donde hay un médico que la preside, tenga por seguro que va a fracasar. Y si hay funcionarios de salud alrededor, no hay caso, no hay dialogo, no hay debate, no hay intercambio de opiniones, de visiones, de perspectivas, de experiencias. No se analizan críticamente las situaciones; hay solo una resolución de autoridad, por eso falla la Comisión de Protección. O sea, hay dos maneras de pensamiento que no están integradas en la CONAPPREM: la reflexividad y el análisis crítico, y eso lo entregan las humanidades y las ciencias sociales. Ojalá hubiera un filósofo ahí.

El limitado número de los funcionarios que integran la Secretaría Ejecutiva, el precario título de su nombramiento y la fraccionada jornada para el desempeño de sus funciones, no aseguran condiciones para el adecuado cumplimiento de las múltiples y complejas tareas que señala el artículo 29 de la Ley 20.584, especialmente si se considera que la CONAPPREM debe asumir la defensa de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial “en lo que respecta a la atención de salud que les es entregada por los prestadores públicos o privados, ya sea en las modalidades de atención comunitaria, ambulatoria, hospitalaria o de urgencia”, conforme al artículo 1° del Decreto 23.

Respecto de las comisiones regionales de protección, se requirió información de similar naturaleza a la precisada anteriormente sobre la CONAPPREM, pero estos datos no fueron entregados por la Subsecretaría de Salud Pública, por lo cual se reclamó vía amparo en contra de dicho organismo. Por tanto, no se cuenta con los datos necesarios para efectuar un análisis de los aspectos orgánicos de las comisiones regionales de protección. La omisión en la entrega de esta información permite presumir que la CONAPPREM, a través de su Secretaría Ejecutiva, no centraliza datos básicos de las comisiones regionales, pues, de lo contrario, el requerimiento de acceso a la información pública 5067 habría sido contestado de modo íntegro. Lo detallado implica un incumplimiento grave de la obligación dispuesta en el artículo 29,

inciso primero, letra c) de la Ley 20.584, esto es, el deber de “coordinar y velar por el buen funcionamiento de las Comisiones Regionales”.

Sin perjuicio de lo anterior, el INDH ha calificado como un hecho grave que hasta la fecha no se hubiere instalado la Comisión de Protección en la Región Metropolitana, “siendo ésta la región que por su magnitud presenta la mayor cantidad de vulneración de derechos en la atención de salud mental”.³² En palabras de los mismos miembros de la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM, consignadas en el *Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile 2017* del INDH, se precisa que las razones que explican esta omisión son:

La falta de voluntad política, la falta de recursos y también porque se estima que la CONAPPREM debería ocuparse de todas las tareas de la Comisión Regional [Metropolitana], sin embargo, son ámbitos de acción muy distintos, ya que la CONAPPREM cumple un rol rector, de vigilancia y de apoyo a todas las Comisiones Regionales del país, y estas últimas son las que van a terreno, efectúan visitas a los centros de salud mental y reciben directamente reclamos.³³

La situación descrita por los miembros de la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM es delicada por varios motivos. En primer lugar, importa un incumplimiento normativo de envergadura que se ha mantenido a través de los años y bajo las diversas administraciones del Ejecutivo desde 2012, año de publicación de la Ley 20.584. En este sentido, resulta llamativo que este incumplimiento no hubiese sido revisado, hasta hoy, por la Contraloría General de la República o los propios órganos contralores del Ministerio de Salud. En segundo término, si la CONAPPREM subroga el cumplimiento de las funciones que corresponden por atribución legal a una hipotética Comisión Metropolitana de Protección, se estaría trasgrediendo normas básicas del derecho público. En efecto, según lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, los órganos del Estado deben someter su actuación a lo que la Constitución y las leyes indican y solo actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Además, ninguna magistratura, persona o grupo de personas puede atribuirse más derechos o atribuciones que los que figuran expresamente conferidos por la Constitución o las leyes. La contravención de estas disposiciones genera que todo acto sea nulo, dando lugar a las responsabilidades y sanciones que la ley señale. Por tanto, al subrogarse en la CONAPPREM las

32 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, 2018, p. 97.

33 *Ibid.*

facultades que están atribuidas por ley a las comisiones regionales, se falta gravemente a las más básicas normas del derecho público con las consecuentes responsabilidades administrativas.

Los aspectos detallados en este párrafo revelan diversas incompatibilidades con las obligaciones internacionales –en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad mental– que el Estado ha adquirido. En un primer nivel de análisis, a pesar de la existencia de esta institucionalidad administrativa orientada hacia la protección de las personas con discapacidad mental en contextos de prestaciones de salud, existen indicios (integración *ad honorem*, Secretaría Ejecutiva que desempeña labores a tiempo parcial y bajo un convenio de honorarios, escasa centralización de datos sobre las comisiones regionales, la omisión de constituir la Comisión Regional Metropolitana) que demostrarían ineficacia en su acción, situación contraria a los estándares de los artículos 15.2 y 16.5 de la CRPD, a los dictámenes del Comité CRPD, citados previamente, y a las decisiones de la sentencia del caso *Ximenes Lopes versus Brasil*.

Tabla 5. Aspectos orgánicos de la CONAPPREM

CONAPPREM
Actos administrativos de creación e instalación de la CONAPPREM.
Composición de la CONAPPREM.
Número de funcionarios de la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM.
Profesiones de los funcionarios de la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM.
Experiencia en derechos humanos de los funcionarios de la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM.
Estatus de nombramiento de los funcionarios de la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM (planta, contrata, honorario).
Jornada de desempeño de los funcionarios de la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM.
Número de sesiones mensuales celebradas durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.

Fuente: Solicitud de acceso a la información pública 5067

Tabla 6. Aspectos orgánicos de las Comisiones Regionales de Protección

Comisiones regionales
Indicación expresa de todas las comisiones regionales constituidas hasta la fecha.
Actos administrativos de creación e instalación de cada una de las comisiones regionales.
Composición de cada una de las comisiones regionales.

Número de funcionarios que componen cada una de las comisiones regionales.
Profesiones de los funcionarios que componen cada una de las comisiones regionales.
Experticia en derechos humanos de los funcionarios que integran cada una de las comisiones regionales.
Estatus de nombramiento (planta, contrata, honorario) de los funcionarios de las comisiones regionales.
Jornada de desempeño de los funcionarios de las comisiones regionales.
Número de sesiones mensuales celebradas por cada comisión regional durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.

Fuente: *Solicitud de acceso a la información pública 5067*

5. CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES DE LA CONAPPREM

Mediante la solicitud de acceso a la información pública 5068, del 10 de mayo de 2018, se solicitó a la Subsecretaría de Salud Pública una relevante cantidad de datos a fin de evaluar el cumplimiento de las funciones que son atribuidas a la CONAPPREM en virtud del artículo 28, inciso primero, de la Ley 20.584 (ver tabla 7). Al igual que en el caso anterior, esta solicitud no fue contestada en los plazos ordinarios dispuestos en la Ley 20.285 (20 días hábiles administrativos), sino que los datos fueron puestos a disposición en virtud de un reclamo de amparo ante el CPT (C2596-2018, del 13 de junio de 2018). Además, la solicitud 5068 fue contestada haciendo referencia a un oficio del 4 de enero de 2018, dirigido por el jefe de gabinete de la ministra de Salud de la época al INDH,³⁴ a fin de responder, a su vez, a un oficio del 18 de agosto de 2017 de ese órgano autónomo, en virtud del cual se le solicitaba a tal cartera ministerial información para la redacción de su *Informe Anual 2017*.³⁵ En suma, la solicitud 5068 fue contestada fuera de plazo y la información otorgada por la CONAPPREM, mediante la Subsecretaría de Salud Pública, no responde exactamente a los términos expresados en ella, ya que se replicó información entregada al INDH cinco meses después de que le fuera requerida por tal organismo.

34 Oficio A-21/N° 71, del 4 de enero de 2018, del jefe de gabinete de la ministra de Salud a director del Instituto Nacional de Derechos Humanos, mediante el cual se envía informe de la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM.

35 Oficio N° 653, del 18 de agosto de 2017, del director del Instituto Nacional de Derechos Humanos a la ministra de Salud, mediante el cual se solicita información para redacción del *Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile 2017*.

Tabla 7. Información solicitada a la Subsecretaría de Salud Pública para evaluar el cumplimiento de las funciones de la CONAPPREM

<i>Art. 29, letra a) Promover, proteger y defender los derechos humanos de las personas con discapacidad psíquica e intelectual cuando éstos sean o puedan ser vulnerados.</i>
1.1. Indicar las acciones ejecutadas en razón de esta facultad durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
1.2. Indicar las acciones de promoción de los derechos de las personas con discapacidad mental ejecutadas por la CONAPPREM durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 (como capacitaciones, seminarios, acciones de difusión, entre otras).
1.3. Indicar las acciones de protección de los derechos de las personas con discapacidad mental desarrolladas por la CONAPPREM durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 (como instrumentos administrativos, instrucciones, circulares, entre otros, que detallen de mejor modo el contenido de los marcos internacionales, constitucionales y legales relativos a los derechos de estas personas que se encuentran vigentes).
1.4. Indicar las acciones de defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 (tales como instrucciones de sumarios o acciones judiciales en contra de funcionarios públicos o trabajadores de servicios privados que hubieren vulnerado los derechos de las personas indicadas).
<i>Art. 29, letra b) Proponer al Ministerio de Salud, a través de la Subsecretaría de Salud Pública, directrices técnicas y normativas complementarias con el fin de garantizar la aplicación de la presente ley para promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad psíquica e intelectual.</i>
2.1. Indicar y entregar copia de las directrices técnicas, normativas o modificaciones propuestas a normas técnicas, guías clínicas y otros instrumentos de similar naturaleza que la CONAPPREM hubiese sugerido a la Subsecretaría de Salud Pública durante los años 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
<i>Art. 29, letra c) Coordinar y velar por el buen funcionamiento de las Comisiones Regionales.</i>
3.1. Indicar las acciones en virtud de las cuales la CONAPPREM ha cumplido con esta función durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
3.2. Indicar las acciones de capacitación y formación organizadas por la CONAPPREM que tuvieron por objeto promover el conocimiento de los derechos de las personas con discapacidad mental entre los funcionarios que integran las comisiones regionales durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
<i>Art. 29, letra d) Proponer a la Subsecretaría de Salud Pública la vinculación y coordinación de la Comisión con otros organismos públicos y privados de derechos humanos.</i>
4.1. Indicar las acciones en virtud de las cuales la CONAPPREM ha cumplido con esta función durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
4.2. Indicar si durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 se han ejecutado acciones de vinculación y coordinación con las siguientes entidades; además, en caso de que la respuesta sea afirmativa, indicar la naturaleza, objetivos y resultados de tales acciones: - Instituto Nacional de Derechos Humanos. - Poder Judicial. - Ministerio Público. - Defensoría Penal Pública. - Servicio Nacional de la Discapacidad. - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. - Servicio Nacional de la Discapacidad. - Corporaciones de Asistencia Judicial (especialmente en relación al Programa Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad).
<i>Art. 29, letra e) Revisar los reclamos contra lo obrado por las Comisiones Regionales.</i>

5.1. Número de reclamos contra las comisiones regionales ingresados a la CONAPPREM durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
5.2. Mecanismos mediante los cuales la CONAPPREM puede recibir estos reclamos.
5.3. Solicitar los instrumentos que formalizan la sustanciación de estos reclamos (etapas del procedimiento, plazos, medidas que se pueden instruir para resolver, sanciones).
5.4. Indicar los modos en que han terminado estos reclamos y su frecuencia, desagregados por años (2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018): - Número de sobreseimientos por falta de antecedentes. - Número de sobreseimientos por falta de pruebas. - Número de sobreseimientos por falta de responsabilidad de los funcionarios involucrados. - Número de reclamos en contra de lo obrado por las comisiones regionales que han terminado en sanciones para los funcionarios involucrados. - Número de reclamos en contra de lo obrado por las comisiones regionales en virtud de los cuales la CONAPPREM hubiere iniciado acciones judiciales en contra de los funcionarios involucrados.
<i>Art. 29, letra f) Revisar las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles.</i>
6.1. Número de revisiones desagregadas por años (2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018) de los siguientes procedimientos: - Esterilizaciones de mujeres con discapacidad mental menores de 18 años. - Esterilizaciones de mujeres con discapacidad mental mayores de 18 años - Esterilizaciones de hombres con discapacidad mental menores de 18 años. - Esterilizaciones de hombres con discapacidad mental mayores de 18 años. - Psicocirugía. - Terapia electroconvulsivante .
<i>Art. 29, letra g) Revisar hechos que involucren vulneración de derechos de las personas y muertes ocurridas durante la hospitalización psiquiátrica.</i>
7.1. Número de revisiones de hechos que involucren vulneración de los derechos de las personas durante hospitalizaciones psiquiátricas en el sector público durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
7.2. Número de revisiones de hechos que involucren vulneración de los derechos de las personas durante hospitalizaciones psiquiátricas en el sector privado durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
7.3. Número de revisiones de muertes durante hospitalizaciones psiquiátricas en el sector público durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
7.4. Número de revisiones de muertes durante hospitalizaciones psiquiátricas en el sector privado durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.

Fuente: Solicitud de acceso a la información pública 5068

A continuación, se detallarán los datos otorgados por la CONAPPREM, mediante la Subsecretaría de Salud Pública, en virtud de la solicitud de acceso a la información pública 5068.

5.1. Acciones ejecutadas por la CONAPPREM para promover, proteger y defender los derechos humanos de las personas con discapacidad psíquica e intelectual

Para responder a este punto (ver el numeral 1.1 de la tabla 7), la CONAPPREM se remitió al oficio A-21/Nº 71 enviado al INDH. Sin embargo, la información indicada se enmarca en otras facultades

de esta Comisión, como coordinar y velar por el buen funcionamiento de las comisiones regionales de protección, y revisar las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles y emitir recomendaciones (las que se revisarán en detalle más adelante).

5.2. Acciones de promoción de los derechos de las personas con discapacidad mental

Se solicitó a la CONAPPREM indicar las acciones de promoción de los derechos de las personas con discapacidad mental ejecutadas durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018, como capacitaciones, seminarios, acciones de difusión, entre otras (ver el numeral 1.2 de la tabla 7). Al respecto, la CONAPPREM informó lo siguiente:

- En 2015 y 2017, se efectuaron jornadas nacionales en las cuales se convocó a las comisiones regionales de protección.
- En 2015 y 2017, la CONAPPREM participó en las Jornadas Nacionales de Bioética.
- En enero de 2016, se efectuó una videoconferencia con las comisiones regionales de protección, cuyo propósito fue identificar y abordar los conflictos de interés, reforzamiento de aplicación de protocolos y criterios para el cumplimiento de las funciones.
- Entre 2016 y 2018, la CONAPPREM ha participado en los Conversatorios de Salud Mental organizados por el Departamento de Salud Mental de la Subsecretaría de Salud Pública.
- En 2017, se organizó un seminario de actualización de la Red de Salud Mental Forense, donde expuso la Unidad de Salud Mental de la Subsecretaría de Redes Asistenciales.
- La CONAPPREM informa que ha participado, además, en diversas actividades, como conferencias y seminarios (sobre internaciones administrativas organizado por la Comisión Regional de Valparaíso y por el Hospital Félix Bulnes; conferencias en la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile y en el Hospital de la Fuerza Aérea de Chile).

A pesar de que la CONAPPREM informó ciertas acciones de promoción de los derechos de las personas con discapacidad mental, se advierte que estas se enfocan exclusivamente en actores que son parte del sistema de salud; en tanto, se produce una escasa vinculación con personas naturales y jurídicas que no pertenezcan al sector, lo que limita la difusión de la existencia de la Comisión Nacional. Esta cuestión –que en sí misma puede ser entendida como un debilitamiento de su desarrollo institucional y funcional– implicaría un incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 16. 2 de la CRPD,

que dispone el deber del Estado de asistir y apoyar para prevenir la tortura, la violencia y el abuso, lo que incluye provisión de información y educación.

5.3. Acciones de protección de los derechos de las personas con discapacidad mental

Mediante la solicitud 5068 se requirió a la CONAPPREM indicar las acciones de protección de los derechos de las personas con discapacidad mental desarrolladas durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018, como la formulación de instrumentos administrativos, instrucciones, circulares, entre otros, que detallen de mejor modo el contenido de los marcos internacionales, constitucionales y legales relativos a los derechos de estas personas que se encuentran vigentes (ver numeral 1.3 de la tabla 7).

Sobre estas materias, la CONAPPREM indicó que ha participado en algunas mesas de trabajo interinstitucionales; también participó en la redacción de la circular de la Superintendencia de Salud para organismos acreditadores de establecimientos de internación psiquiátrica cerrada; asimismo informó que ha sostenido reuniones con la Contraloría Regional Metropolitana para revisar la aplicación de las resoluciones de internaciones administrativas; y que ha elaborado y difundido los siguientes protocolos para las comisiones regionales: *Protocolo de gestión de consultas y reclamos*, *Protocolo de visitas de supervisión a establecimientos de internación psiquiátrica* y *Protocolo de seguimiento a la aplicación de internaciones administrativas*.

Esta información debe complementarse con lo indicado en el numeral 5.5 y sus respectivos comentarios.

5.4. Acciones de defensa de los derechos de las personas con discapacidad mental

En la solicitud 5068 se requirió que la CONAPPREM indicara las acciones de defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental ejecutadas durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018, tales como instrucciones de sumarios o acciones judiciales en contra de funcionarios públicos o trabajadores de servicios privados que hubieren vulnerado los derechos de las personas con discapacidad mental (ver numeral 1.4 de la tabla 7).

Sobre este punto, la CONAPPREM contestó expresamente que “en el período indicado no se han emitido recomendaciones que se hayan traducido en acciones como las mencionadas en el punto en referencia”. Esta información resulta preocupante, sobre todo cuando se toma en cuenta el estudio efectuado por el INDH, cuyos principales resultados fueron publicados en uno de los capítulos de su *Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile 2017*. En el capítulo

intitulado *Condiciones de vida en unidades psiquiátricas de larga estadía*, se menciona expresamente que ciertos antecedentes sobre hechos de especial gravedad detectados en tales dispositivos de salud fueron “entregados a la CONAPPREM, mediante el oficio 698, del 28 de septiembre de 2017, con el propósito de que se tomaran las medidas correspondientes para investigar los hechos, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas”.³⁶

Dado que los hallazgos comunicados por el INDH guardan relación con abusos sexuales perpetrados en contra de personas que residen en unidades psiquiátricas de larga estadía y el caso de una persona encerrada en condiciones de extrema indignidad, constituye una falta grave al cumplimiento de las obligaciones que la ley encomienda a la CONAPPREM el que no se hubiesen efectuado acciones concretas para cautelar adecuadamente los derechos de esos/as pacientes.

El alcance de lo que se ha comentado en este apartado puede ilustrarse de mejor modo a través de las afirmaciones de Carla Sandoval, psicóloga, y Gloria Silva, terapeuta ocupacional y académica de las universidades de Chile y de Santiago, ambas integrantes de la Comunidad Terapéutica de Peñalolén, quienes en años anteriores denunciaron varios casos ante la CONAPPREM. “Lo que habitualmente nos pasaba es que nos recibían la observación o denuncia y lo que venía de vuelta eran orientaciones, pero no había nada resolutivo, mucho menos sanciones”, manifiesta Carla Sandoval. Ante una determinada denuncia interpuesta por Gloria Silva, afirma que “llegó una respuesta de la CONAPPREM unos tres meses después, con una serie de recomendaciones que ya eran completamente extemporáneas”.³⁷

En opinión de las entrevistadas, las acciones de protección desarrolladas por la CONAPPREM no son efectivas, pues cuando han comunicado casos de violaciones de derechos de personas con discapacidad psicosocial “la Comisión solo ha funcionado como un buzón de sugerencias, como una OIRS”, afirma Carla Sandoval. Gloria Silva, por su parte, manifiesta que la problemática señalada “no es una cuestión de falta de voluntad de los funcionarios de la CONAPPREM, sino que [en su impresión] ellos tampoco saben qué hacer con los casos, porque carecen de asesoría jurídica permanente que permita interponer denuncias y seguir una tramitación ante los tribunales de justicia”. Por último, Carla Sandoval estima “que el problema de la CONAPPREM es estructural, pues no tienen lineamientos, seguramente no tienen los recursos para ejercer adecuadamente sus funciones”.

36 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile*, 2018, p. 108.

37 Entrevista realizada de modo conjunto el 6 de junio de 2018.

Conforme a la información indicada en este apartado, se configura un incumplimiento grave en lo que respecta a las obligaciones sobre defensa de los derechos de las personas con discapacidad, sobre todo considerando que la Corte IDH –en atención a los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH– ha manifestado que existe una obligación de protección reforzada de las personas con discapacidad mental, especialmente cuando viven institucionalizadas, ya que en tal caso el Estado asume una posición de garante.

5.5. Directrices técnicas, normativas y modificaciones propuestas

Mediante la solicitud de acceso a la información pública 5068, se pidió a la CONAPPREM que indicara y entregara copia de las directrices técnicas, normativas o modificaciones propuestas a normas técnicas, guías clínicas y otros instrumentos de similar naturaleza que hubiesen sugerido a la Subsecretaría de Salud Pública durante los años 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 (ver numeral 2.1 de la tabla 7).

Sobre este punto, la CONAPPREM entregó cierta información sin precisar los años de las iniciativas; junto a esta deficiencia en la entrega de los datos –desatendiendo el tenor de la solicitud–, no entregó las copias solicitadas. Con todo, de acuerdo a la información proporcionada por la CONAPPREM, sus miembros habrían participado en las siguientes mesas de trabajo que, en general, se orientarían a actualizar una serie de instrumentos relacionados con los derechos de las personas con discapacidad mental:

- Revisión y actualización de la Normas de esterilización quirúrgica en personas con enfermedad mental, que datan de 2004.
- Revisión y actualización de la Resolución 656, mediante la cual se regula la aplicación de la técnica de psicocirugía o cirugía aplicada al tejido cerebral, publicada en 2002.
- Revisión y actualización del Decreto 570 que aprueba el reglamento para la internación de las personas con discapacidad mental y sobre los establecimientos que la proporcionan, de 1998.
- Revisión y actualización de la Norma técnica sobre terapia electroconvulsivante modificada, de 2002.

Como puede observarse, estas normas e instrumentos administrativos que regulan de modo específico una serie de procedimientos altamente invasivos, varios de ellos irreversibles, que históricamente se han aplicado a las personas con discapacidad mental, siguen vigentes a pesar de su antigüedad. Estos instrumentos han sido superados por los desarrollos normativos que provienen del derecho internacional de derechos humanos –máxime la CRPD– y por la legislación doméstica –como

la Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada en 2012—, donde el igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley, su autonomía, capacidad legal y el consentimiento libre e informado ante cualquier acción relacionada con su salud, son derechos plenamente reconocidos.

La situación descrita advierte la necesidad de revisar y actualizar las normas técnicas, decretos y resoluciones, mencionados con anterioridad, a la luz de los estándares de derechos humanos de las personas con discapacidad que el Estado se ha obligado a respetar. En esta tarea, la CONAPPREM está facultada para jugar un rol fundamental, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, inciso primero, letra b) de la Ley 20.584; sin embargo, ninguna de las actualizaciones mencionadas por la CONAPPREM ha sido implementada, manteniéndose vigentes, en tanto, los arcaicos instrumentos ya detallados.

5.6. Coordinar y velar por el buen funcionamiento de las comisiones regionales de protección

Se solicitó a la CONAPPREM indicar las acciones ejecutadas durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 para dar cumplimiento a la facultad precisada en el artículo 29, inciso primero, letra c) de la Ley 20.584, esto es, coordinar y velar por el buen funcionamiento de las comisiones regionales de protección (ver numeral 3.1 de la tabla 7). De igual manera, indicar las acciones de capacitación y formación que hubiere organizado cuyo objeto fuera promover el conocimiento de los derechos de las personas con discapacidad mental entre los funcionarios y funcionarias que integran las comisiones regionales de protección, desagregada de acuerdo a los años ya señalados (ver numeral 3.2 de la tabla 7).

Sobre el primer punto, la CONAPPREM respondió que ha mantenido un trabajo permanente de coordinación con la red de comisiones regionales de protección “que a lo largo de todo Chile están constituidas, con excepción de la Región Metropolitana”. Además, se estaría prestando apoyo y orientación a las comisiones regionales, en lo que sigue:

- Asesoría en la aplicación de procedimientos que son propios de las comisiones regionales, como el conocimiento de quejas y reclamos ante violaciones de derechos, visitas y supervisión de instalaciones hospitalarias y aplicación de tratamientos y pautas para la revisión de procedimientos para las internaciones administrativas, judiciales y de urgencia.
- En coordinación con las respectivas comisiones regionales, la CONAPPREM ha participado en la gestión de quejas y

denuncias de hechos de alta conmoción pública, como el caso de una persona con discapacidad mental desaparecida en el norte de Chile.³⁸

Sobre las acciones para promover el conocimiento de los derechos de las personas con discapacidad mental entre los integrantes de las comisiones regionales, la CONAPPREM informó lo siguiente:

- Elaboración y difusión de protocolos para las comisiones regionales sobre gestión de consultas y reclamos, para la realización de visitas de supervisión a establecimientos de internación psiquiátrica, para la recepción y gestión de reclamos y para el seguimiento de internaciones involuntarias.
- Elaboración y difusión de directrices para el buen funcionamiento de las comisiones regionales (abril de 2018).

Estos protocolos y directrices no fueron adjuntados a la respuesta del requerimiento de acceso a la información pública ni tampoco son de libre acceso, de modo que no ha sido posible una evaluación de su pertinencia con las obligaciones de debida diligencia estatal en lo que respecta a la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental.

5.7. Vinculación y coordinación de la Comisión con otros organismos de derechos humanos

Se requirió a la CONAPPREM que indicara las acciones ejecutadas de acuerdo a lo indicado en el artículo 29, inciso primero, letra d) de la Ley 20.584: proponer a la Subsecretaría de Salud Pública la vinculación y coordinación de la Comisión con otros organismos públicos y privados de derechos humanos (ver numeral 4.1 de la tabla 7). A fin de

38 Se trataría del caso de José Vergara Morales. El 13 de septiembre de 2015, funcionarios policiales concurrieron a la vivienda de José Vergara, en la población La Tortuga, comuna de Alto Hospicio, luego de que sus familiares alertaran sobre una serie de desórdenes que él estaba provocando producto de una crisis de esquizofrenia. Tras su detención, José Vergara no retornó al hogar y pese a la intensa búsqueda no se han encontrado rastros de su ubicación. Hasta ahora la única pista es la información proporcionada por los propios funcionarios policiales a cargo del procedimiento, quienes fueron dados de baja luego de reconocer que abandonaron a José Vergara en el sector de "Caleta Buena". Los acusados fueron condenados por el delito de detención ilegal, pero no por los delitos de falsificación de instrumento público (por haber alterado la hoja de ruta con el fin de distraer el abandono de José Vergara) y secuestro calificado, mediante sentencia de fecha 11 de abril de 2018. El 24 de abril de 2018, la sede regional de Tarapacá del INDH interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, a través de la cual se condenó a cuatro exfuncionarios de Carabineros de Chile solo por el delito de detención ilegal de José Vergara. Dicho recurso fue acogido por la Corte Suprema, ordenando la realización de un nuevo juicio oral el que fue programado para el 27 de agosto de 2018.

precisar de mejor modo el cumplimiento de esta función, se solicitó a la CONAPPREM informar sobre acciones desarrolladas en conjunto con una serie de organismos públicos que podrían apoyar y complementar sus labores en lo que respecta a la defensa de los derechos de las personas con discapacidad mental (ver numeral 4.2 de la tabla 7).

Según lo indicado por la CONAPPREM, no ha desarrollado acciones sustantivas de vinculación con ninguno de los siguientes organismos públicos: Instituto Nacional de Derechos Humanos, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Servicio Nacional de la Discapacidad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Corporaciones de Asistencia Judicial (especialmente en relación al Programa acceso a la justicia de las personas con discapacidad).

Esta misma información fue requerida a cada uno de los organismos mencionados anteriormente, mediante diversas solicitudes de transparencia. Todos ellos indicaron que no han efectuado acciones con la CONAPPREM que sustantivamente hubieren repercutido en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad mental.³⁹

Este panorama revela una amplia deficiencia de la CONAPPREM en lo que respecta a la vinculación con otros organismos públicos que podrían apoyar y complementar de modo importante el cumplimiento de sus funciones en relación a la defensa de los derechos de las personas con discapacidad mental, principalmente cuando se requiera accionar judicialmente.

5.8. Revisar los reclamos contra lo obrado por las comisiones regionales

Para determinar el cumplimiento de las funciones dispuestas en el artículo 29, inciso primero, letra e) de la Ley 20.584, se requirió la siguiente información: número de reclamos contra las comisiones regionales ingresados a la CONAPPREM durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 (numeral 5.1 de la tabla 7); mecanismos mediante los cuales la CONAPPREM puede recibir estos reclamos (numeral 5.2 de la tabla 7); instrumentos que formalizan la sustanciación de estos reclamos (etapas del procedimiento, plazos, medidas que se

39 Solicitud de acceso a la información pública 479, dirigida a SENADIS, del 9 de junio de 2018. Solicitud de acceso a la información pública 150, dirigida al INDH, del 10 de junio de 2018. Solicitud de acceso a la información pública 6534, dirigida a la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, del 9 de junio de 2018. Solicitud de acceso a la información pública 277, dirigida a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, del 9 de junio de 2018. Solicitud de acceso a la información pública 111, dirigida a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso, del 9 de junio de 2018. Solicitud de acceso a la información pública 113, dirigida a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región del Biobío, del 9 de junio de 2018. Solicitud de acceso a la información pública 101, dirigida a la Corporación de Asistencia Judicial de las regiones de Tarapacá y Antofagasta, del 9 de junio de 2018.

pueden instruir para resolver, sanciones; numeral 5.3 de la tabla 7); modos en que han terminado estos reclamos y su frecuencia, desagregados por años (2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018; numeral 5.4 de la tabla 7).

Esta es una de las facultades más críticas de la CONAPPREM, puesto que la revisión de las acciones obradas por las comisiones regionales constituye en sí mismo un mecanismo de rendición de cuentas que sirve como engarce para el cumplimiento de las otras funciones que la ley atribuye a la Comisión. A pesar de la importancia de esta prerrogativa, la información otorgada por la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM evidencia importantes carencias e incumplimientos.

En efecto, conforme a lo indicado por la CONAPPREM, desde 2015 hasta abril de 2018, no se han presentado reclamos en contra de las acciones obradas o ejecutadas por las comisiones regionales de protección. Sobre los mecanismos existentes para recoger y canalizar estos reclamos, la CONAPPREM se limitó a indicar que “puede recibirlos a través del o los reclamantes en forma directa, toda vez que se haya recurrido antes a la Comisión Regional respectiva, con evidencia por escrito de dicha acción”. Sin embargo, no existe información de libre acceso al público que permita conocer protocolos o mecanismos específicos de denuncia. De hecho, ante la solicitud de acceder a los instrumentos que formalizan la sustanciación de los reclamos, la Secretaría Ejecutiva respondió que estos no se encuentran disponibles, ya que recién están en etapa de elaboración (antecedente alarmante si se considera que la configuración actual de la CONAPPREM y el establecimiento de las comisiones regionales ya presenta una data sobre los seis años).

Respecto a una de las solicitudes de mayor relevancia, cual es, indicar los modos en que han terminado los reclamos en contra de lo obrado por las comisiones regionales y su frecuencia, desagregados por años (2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018), simplemente se informó que no existen registros.

En suma, la escasa información de libre acceso al público sobre la CONAPPREM (por ejemplo, carece de una página web en la que se indique su existencia, señalen sus funciones y establezcan herramientas para presentar denuncias), la falta de vinculación con el medio (de acuerdo a lo revisado en el apartado 5.2) y que hasta la fecha no exista un protocolo para sustanciar los reclamos contra lo obrado por las comisiones regionales, obstaculiza que las personas cuyos derechos han sido violados en contextos de prestaciones psiquiátricas y sus familiares puedan obtener reparación. Esta situación importa una serie de incumplimientos a las obligaciones sobre la materia en análisis adquiridas por el Estado, pues la falta de información o de vías para reclamar en contra de lo obrado por las comisiones regionales resta eficacia a esta institucionalidad.

5.9. Revisión de indicaciones y aplicaciones de tratamientos invasivos e irreversibles

Mediante la solicitud de acceso a la información pública 5068, se requirió a la CONAPPREM los siguientes datos, a fin de determinar el cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 28, inciso primero, letra f) de la Ley 20.584:

- Esterilizaciones de mujeres con discapacidad mental menores de 18 años.
- Esterilizaciones de mujeres con discapacidad mental mayores de 18 años
- Esterilizaciones de hombres con discapacidad mental menores de 18 años.
- Esterilizaciones de hombres con discapacidad mental mayores de 18 años.
- Indicaciones de psicocirugía.
- Indicaciones de terapia electroconvulsivante.

Sobre la revisión de esterilizaciones, la CONAPPREM informó que su intervención se enfoca en la prevención de situaciones que pudieran significar una práctica errónea, discriminatoria o abusiva en contra de las personas con discapacidad que carecen de la posibilidad de consentir; y que, en este sentido, la complejidad de estos casos se relaciona con la delegación del consentimiento a terceros, a fin de que puedan sustituir la voluntad de la persona que será sometida al procedimiento de esterilización. Sobre el número de casos revisados, la CONAPPREM informó las siguientes cifras:

Tabla 8. Solicitudes de esterilización quirúrgica 2015-2017

Año	Recibidas	Aprobadas	Rechazadas
2015	6	1	5
2016	14	7	7
2017	4	3	1

Fuente. Respuesta de la CONAPPREM a la solicitud de acceso a la información pública 5068

Respecto a las autorizaciones de psicocirugías, la Comisión informó que “son menos frecuentes que las de esterilización quirúrgica. Entre 2010 y 2017 llegaron seis casos para revisión del procedimiento de psicocirugía, de los cuales cinco no cumplieron con los antecedentes requeridos por la Norma Técnica respectiva y uno está pendiente porque los antecedentes incompletos no permiten una deliberación concluyente”.

Con todo, la gravedad de la respuesta de la CONAPPREM sobre estos puntos guarda menos relación con las cifras indicadas que con aquellas respecto de las cuales no maneja antecedentes: “aunque no se cuenta con evidencia concluyente sino anecdótica y parcial, se estima que, al igual que en el caso de las esterilizaciones quirúrgicas, existen muchas intervenciones invasivas e irreversibles que se realizan en forma inconsulta. Es decir, las solicitudes no son enviadas a la CONAPPREM para la revisión de su aplicación y tampoco existe información de que sean revisadas por el comité de ética del respectivo establecimiento, requisito previo a la revisión por parte de la Comisión Nacional, de acuerdo con el protocolo normativo vigente”.

Tal afirmación de la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM destaca por su gravedad. De ella se desprende que las comisiones regionales de protección no efectúan suficientes acciones de visita y supervisión de las instalaciones y procedimientos relacionados con la hospitalización y aplicación de tratamientos a personas con discapacidad psíquica e intelectual, según lo dispuesto en el artículo 29, inciso segundo, de la Ley 20.584, a fin de detectar que la práctica de procedimientos irreversibles, como la esterilización quirúrgica y la psicocirugía, se realice de modo restrictivo, solo en casos donde su justificación esté más allá de cualquier duda razonable, con pleno respeto a los derechos de las personas con discapacidad mental y posibilitando la revisión por la CONAPPREM. Esto permitiría, en definitiva, que no se produjeran intervenciones tan lesivas e intensas como las que se han venido comentando sin respetar las exigencias que la ley establece.

5.10. Revisión de hechos que involucren vulneración de derechos

Por último, se requirió a la CONAPPREM una serie de datos que permitieran evaluar la función dispuesta en el artículo 29, inciso primero, letra f) de la Ley 20.584, según la cual puede revisar hechos que involucren vulneración de derechos de las personas y muertes ocurridas durante la hospitalización psiquiátrica.

En este sentido, se solicitó el número de revisiones de hechos que involucren vulneración de los derechos de las personas durante hospitalizaciones psiquiátricas en el sector público durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 (numeral 7.1 de la tabla 7); número de revisiones de hechos que involucren vulneración de los derechos de las personas durante hospitalizaciones psiquiátricas en el sector privado durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 (numeral 7.2 de la tabla 7); número de revisiones de muertes durante hospitalizaciones psiquiátricas en el sector público durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 (numeral 7.3 de la tabla 7); y número de revisiones de muertes durante hospitalizaciones psiquiátricas en el sector privado durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018 (numeral 7.4 de la tabla 7).

La Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM respondió en términos gruesos estos diversos aspectos: “los hechos investigados por situaciones de muerte ocurridas durante la hospitalización se refieren fundamentalmente al Instituto Psiquiátrico José Horwitz de Santiago y al Hospital Phillippe Pinel de Putaendo”.

Sobre el Instituto Horwitz, la CONAPPREM informó lo siguiente:

En el Instituto Psiquiátrico Horwitz se han producido 3 fallecimientos (2008, 2011 y 2013), en los que de acuerdo a los antecedentes reunidos por la Comisión habría existido vulneración de derechos. El año 2017, luego del nombramiento de un médico encargado de la coordinación de los asuntos que el Instituto debía tratar con la CONAPPREM, la Dirección de este recinto hospitalario entrega una respuesta oficial sobre las gestiones realizadas a fin de atender debidamente situaciones de este tipo. En otros casos, luego de un sumario administrativo, se llegó a un acuerdo simbólico de mediación entre el Instituto y la familia de la víctima. En relación con el tercer caso, se efectuó un sumario administrativo.

En relación al Hospital Psiquiátrico Pinel, la CONAPPREM informó lo siguiente:

Esta unidad hospitalaria también ha sido objeto de investigación por un largo período, efectuándose visitas de supervisión e inquiriendo información. Alrededor del año 2014, se suicidaron tres personas en diversas fechas. Por otra parte, se evidenció falta de cuidado de una usuaria, que murió a consecuencias de quemaduras por una estufa que no tenía ningún tipo de protección. Se efectuó auditoría médica. No arrojó un resultado óptimo en donde se establecieran responsabilidades. Al año siguiente, falleció otra persona en circunstancias no del todo claras. Seguimos investigando.

La información señalada por la CONAPPREM es criticable desde diversos puntos de vista. En primer lugar, no se responde en términos estrictos a las diversas materias requeridas en virtud de la solicitud 5068. En segundo lugar, y siendo más relevante, preocupa la laxitud con que ha venido abordando la investigación de hechos tan graves como muertes de pacientes en contextos de atención psiquiátrica, al punto de indicar que las pocas investigaciones efectuadas al respecto solo se han desarrollado en sede administrativa y que han terminado con “acuerdos simbólicos” o que simplemente no se ha podido establecer responsabilidades frente a tan delicadas circunstancias. Lo señalado significa un incumplimiento grave del derecho a las garantías judiciales (artículo 8 CADH) y del derecho a la protección judicial (artículo 25 CADH), en relación a lo sostenido por la Corte IDH en la sentencia

del caso *Ximenes Lopes versus Brasil*. En tercer lugar, de acuerdo a la información otorgada por la Secretaría Ejecutiva de la CONAPPREM, esta entidad no está ejerciendo sus facultades de revisión y fiscalización respecto de prestadores de salud privados, a pesar de que está facultada expresamente para ello y que ese deber es reclamado por el derecho internacional de los derechos humanos, ya que la obligación de regular y fiscalizar a las instituciones que otorgan prestaciones de salud se extiende respecto a prestadores públicos y privados.

6. CUMPLIMIENTO DE FUNCIONES DE LAS COMISIONES REGIONALES DE PROTECCIÓN

Tal como en el caso de la CONAPPREM, se requirió a la Subsecretaría de Salud Pública una relevante cantidad de información para analizar el cumplimiento de las funciones que la ley encomienda a las comisiones regionales de protección, en virtud del artículo 29, inciso segundo, de la Ley 20.584. Con este propósito, mediante la solicitud de acceso a la información pública 5069, del 10 de mayo de 2018, se pidieron los datos que se detallan en la tabla 9.

Al igual que en los casos anteriores, esta solicitud no fue contestada en los plazos ordinarios indicados por la Ley 20.285, por lo cual se presentó un reclamo de amparo ante el CPT (C2597-18, del 13 de junio de 2018) y en este marco se consiguió parte de la información solicitada. Es necesario mencionar que, en comunicación extraoficial con la Unidad de Transparencia de la Subsecretaría de Salud Pública, se tomó conocimiento de que el retraso en la entrega de esta información se debió a que la solicitud fue derivada a cada Secretaría Regional Ministerial de Salud del país, a fin de conseguir los datos sobre el cumplimiento de las funciones por parte de las comisiones regionales. Sobre la base de esta circunstancia, es dable presumir que la CONAPPREM concentra y sistematiza escasa información sobre las actividades que desarrollan las comisiones regionales.

Se hace presente que la mayoría de las comisiones regionales aportaron información, salvo la dependiente de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Arica y Parinacota.

Por otra parte, también se debe señalar que la calidad de la información aportada por las diversas comisiones de protección es disímil entre sí, lo que imposibilita un análisis comparativo de carácter exhaustivo entre el cumplimiento de sus funciones y las obligaciones de derechos humanos que recaen sobre esta clase de institucionalidad.

El único dato entregado por todas las comisiones regionales fue la cantidad de visitas y supervisión de instalaciones y procedimientos relacionados con la hospitalización y aplicación de tratamientos a

personas con discapacidad psíquica o intelectual, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, inciso segundo, letra a) de la Ley 20.584. Las cifras reportadas por las Comisiones se consignan en la tabla 10.

Tabla 9. Información solicitada a la Subsecretaría de Salud Pública para evaluar el cumplimiento de las funciones de las Comisiones Regionales de Protección

<i>Art. 29, letra a) Efectuar visitas y supervisar las instalaciones y procedimientos relacionados con la hospitalización y aplicación de tratamientos a personas con discapacidad psíquica o intelectual.</i>
1.1. Informar el número de visitas efectuadas por cada una de las comisiones regionales durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
1.2. Informar sobre el número de supervisiones a las instalaciones y procedimientos relacionados con la hospitalización y aplicación de tratamientos a personas con discapacidad mental durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
<i>Art. 29, letra b) Revisar las actuaciones de los prestadores públicos y privados en relación a las hospitalizaciones involuntarias y a las medidas o tratamientos que priven a la persona de desplazamiento o restrinjan temporalmente su contacto con otras personas, y controlar dichas actuaciones, medidas y tratamientos periódicamente.</i>
2.1. Informar el número de revisiones de las actuaciones de prestadores públicos y privados en relación a las hospitalizaciones involuntarias y a las medidas o tratamientos que priven a la persona de desplazamiento o restrinjan temporalmente su contacto con otras personas, efectuadas por cada una de las comisiones regionales durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
2.2. Informar el número de revisiones en las cuales se hubieren detectado irregularidades en las hospitalizaciones involuntarias y en las medidas o tratamientos que priven a la persona de desplazamiento o restrinjan temporalmente su contacto con otras personas, durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
2.3. Informar el número de revisiones que hubieren dado inicio a investigaciones administrativas o a acciones judiciales, durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
<i>Art. 29, letra c) Revisar los reclamos que los usuarios y cualquier otra persona en su nombre realicen sobre vulneración de derechos vinculados a la atención en salud.</i>
3.1. Informar el número de reclamos que cada una de las comisiones regionales hubiere recibido durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018; desagregando la información conforme a las siguientes categorías: - Número de reclamos presentados por los propios afectados. - Número de reclamos presentados por terceros. - Número de reclamos por situaciones que hubieren afectado a personas menores de 18 años. - Número de reclamos por situaciones que hubieren afectado a mujeres.
<i>Art. 29, letra d) Emitir recomendaciones a la Autoridad Sanitaria sobre los casos y situaciones sometidos a su conocimiento o revisión.</i>
4.1. Informar y entregar copia de las recomendaciones efectuadas a la Autoridad Sanitaria, durante 2015, 2016, 2017 y hasta abril de 2018.
<i>Art. 29, letra e) Recomendar a los prestadores institucionales e individuales la adopción de las medidas adecuadas para evitar, impedir o poner término a la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual.</i>
5.1. Informar y entregar copia de las recomendaciones que las comisiones regionales hubieren efectuado a los prestadores institucionales e individuales.

Fuente: solicitud de acceso a la información pública 5069

Tabla 10. Número de visitas realizadas por las Comisiones Regionales entre 2015 y abril de 2018

	Visitas
Tarapacá	3
Antofagasta	14
Atacama	1
Coquimbo	0
Valparaíso	20
O'Higgins	1
Maule	0
Biobío	5
Araucanía	1
Los Lagos	10
Los Ríos	3
Aisén	3
Magallanes	3

Fuente. Múltiples respuestas a la solicitud de transparencia 5069

CONCLUSIONES

En nuestro país, el desarrollo normativo sobre la proscripción de la tortura es reciente. De hecho, mediante la publicación de la Ley 20.968, el 22 de noviembre de 2016, recién se tipificó el delito de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Por otro lado, continúa en el Congreso Nacional el trámite de la iniciativa legal que designa al INDH como mecanismo nacional para la prevención de la tortura (Boletín 11245-17). Sin embargo, en el ámbito internacional estas materias reconocen un amplio desarrollo, extendiéndose, incluso, a hipótesis que sobrepasan los marcos habituales en los que solía circunscribirse la práctica de esta actividad ilícita, por ejemplo, como método para provocar confesiones y aplicar tormentos a prisioneros. En este sentido, la comunidad internacional ha reconocido que la tortura puede estar motivada por consideraciones discriminatorias y que las personas con discapacidad mental, especialmente cuando viven en contextos de custodia institucional, están en un mayor riesgo de sufrir violencia y abusos.

En este panorama general, el Estado debe proteger los derechos de las personas con discapacidad a fin de prevenir que puedan ser

sometidas a tortura y tratos de similar naturaleza en el contexto de prestaciones psiquiátricas. De este modo, los estándares de derechos humanos señalan algunas obligaciones básicas: adopción de medidas para prohibir la tortura en contra de las personas con discapacidad y generar mecanismos de rendición de cuentas que permitan prevenirla, pero también detectarla, investigarla, sancionar a los responsables de su comisión y reparar a las víctimas.

La existencia de la CONAPPREM y las comisiones regionales de protección, determinadas en su configuración actual por la Ley 20.584, podrían ejercer un importante rol respecto a las obligaciones estatales mencionadas en el párrafo anterior, siempre que su diseño orgánico y la ejecución de sus funciones respondiera a ciertas consideraciones mínimas de las que actualmente carecen.

Uno de los principales problemas de estas comisiones es su falta de autonomía respecto del Ministerio de Salud. Esta condición orgánica está lejos de ser simplemente un tecnicismo jurídico, sino que es un aspecto que obsta el adecuado ejercicio de las funciones que la ley otorga a la CONAPPREM, las que se extienden hasta la revisión de las acciones y procedimientos que ejecutan las diversas unidades hospitalarias y de atención médica (específicamente psiquiátrica) que dependen de los múltiples servicios de Salud y Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, de los cuales, a su vez, tienen dependencia las comisiones regionales de protección y los funcionarios que las integran. La carencia de autonomía funcional u orgánica debe sumarse a la falta de un presupuesto para la CONAPPREM y las comisiones regionales de protección, lo que también obsta o imposibilita que estos órganos desempeñen adecuadamente sus funciones.

A partir de las complejidades estructurales mencionadas, se deriva una serie de deficiencias en el cumplimiento de las funciones que la ley encomienda a la CONAPPREM:

- Escasa o nula vinculación con personas naturales y jurídicas ajenas al sistema público de salud.
- Deficiencias graves en lo que respecta a la defensa de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial, pues no ha promovido denuncias ni instrucciones de sumarios, desde 2015 a la fecha.
- Carece de facultades resolutorias.
- Escasa o nula vinculación con otros organismos públicos que podrían complementar de modo importante la ejecución de las facultades que la ley le otorga.
- Resulta preocupante que, desde 2015 a la fecha, no se hubiesen recibido denuncias en contra de lo obrado por las comisiones regionales. En este sentido, la CONAPPREM no ha desarrollado

los protocolos necesarios para asegurar que las potenciales víctimas puedan presentar tales reclamos ni ha precisado que el medio actual para canalizar estas mismas denuncias es a través de las propias comisiones regionales de protección.

- Conforme a los datos proporcionados por la CONAPPREM, se advierte que ejerce un escaso control sobre la indicación de procedimientos invasivos e irreversibles a los cuales se somete a las personas con discapacidad psicosocial.
- Escasas y deficientes revisiones de violaciones de derechos y muertes de personas ocurridas durante hospitalizaciones psiquiátricas.
- Nula o escasa fiscalización de instituciones privadas que ofrecen atención psiquiátrica para personas con discapacidad mental.

Otro aspecto que resulta preocupante es que la CONAPPREM concentra y procesa poca información sobre las comisiones regionales de protección (razón por la cual fue necesario derivar a cada Secretaría Regional Ministerial de Salud la solicitud de acceso a la información pública 5069 para que fuera contestada). Por su parte, la información brindada por cada una de estas secretarías, de la cual depende la comisión regional de protección respectiva, es disímil entre sí, lo que indica que no han desarrollado métodos estandarizados de sus registros, cuestión que permitiría, a la postre, determinar precisamente el modo en que estos órganos cumplen –o no– con sus funciones.

Por último, de acuerdo a la información aportada por las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, el desempeño de cada una de las comisiones regionales de protección es distinto. El único dato aportado por todas las secretarías y que permite una cierta comparación entre comisiones es la cantidad de visitas para supervisar instalaciones, hospitalización y tratamientos a personas con discapacidad mental: mientras la Comisión Regional de Valparaíso realizó veinte visitas entre 2015 y abril de 2018, las de Coquimbo y Maule no efectuaron ninguna. Conforme a este indicador, es dable presumir que los esfuerzos desplegados por la CONAPPREM en aras de coordinar el trabajo de las comisiones regionales son aún insuficientes. A futuro, la CONAPPREM debiera orientarse a la generación de planes de trabajo comunes para todos estos órganos locales, a metas asociadas y al registro de medios de verificación del cumplimiento de las funciones que la ley les encomienda.

En suma, la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental o psicosocial que se enfrentan al sistema psiquiátrico no ha sido suficientemente asegurada por el Estado. Subsisten brechas legales y reglamentarias que no han sido modificadas conforme a las obligaciones de derechos humanos que el Estado ha suscrito y la

institucionalidad que existe para prevenir, investigar, sancionar y reparar a las víctimas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en contextos de atención psiquiátrica –la CONAPPREM y las comisiones regionales de protección– no reúnen las condiciones necesarias para un adecuado cumplimiento de sus facultades.

Sería deseable que la discusión parlamentaria que actualmente se desarrolla, respecto al proyecto de ley que designa al INDH como mecanismo nacional para la prevención de la tortura, incluyera las materias abordadas en este capítulo, a fin de asegurar estándares mínimos de protección de las personas con discapacidad mental.

RECOMENDACIONES

En base a lo expuesto en este capítulo, se recomienda al Estado lo siguiente:

1. Revisar el diseño orgánico de la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales y de las comisiones regionales de protección, con el propósito de dotarlas de autonomía y presupuesto para el cumplimiento de sus funciones; y cambiar la nomenclatura mediante la cual se designa a estas comisiones, a fin de desechar el uso de términos que estigmatizan la discapacidad mental o psicosocial.
2. Considerar en los marcos legales para la prevención de la tortura y otros tratos de similar naturaleza, que actualmente se discuten en el Congreso Nacional, que estas graves violaciones a los derechos humanos se pueden llevar a cabo en contextos de atención psiquiátrica, dándole expresa competencia al Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura para efectuar visitas, supervisiones y revisiones en todos los establecimientos de atención psiquiátrica, ya sean abiertos o cerrados, o dependan de prestadores públicos o privados.
3. Que la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales desarrolle los instrumentos y protocolos necesarios para recibir denuncias en contra de lo obrado por las comisiones regionales de protección, y que cumpla eficazmente con el mandato de coordinar el funcionamiento de dichas entidades.
4. Que la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales se vincule de modo estrecho con otros organismos públicos que podrían auxiliarla en el cumplimiento de su función de defensa de los derechos de las personas con enfermedad psicosocial, a fin de que las víctimas

de abuso, violencia, tortura y tratos de similar naturaleza en contextos de prestaciones psiquiátricas, puedan alcanzar justicia y reparación en términos adecuados y oportunos.

5. Que la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales mejore los procedimientos mediante los cuales sistematiza información sobre su propia actividad y la de las comisiones regionales de protección.
6. Que la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales genere un plan de acción, con participación ciudadana, asociado a metas y verificadores, para asegurar que las comisiones regionales de protección ejecuten efectivamente sus funciones.

BIOGRAFÍAS AUTORES INFORME 2018

Alcaino, Eduardo

Abogado y magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford. Profesor part-time de Derecho de la UDP. Anteriormente se desempeñaba como investigador y coordinador del Programa de Reformas Procesales y Litigación. Ha trabajado especialmente en el estudio del sistema de justicia criminal, especializándose en temas de persecución penal, funcionamiento y organización de policías y fiscales tanto en Chile como en América Latina.

Arismendi, Macarena

Abogada y magíster de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales. Fue comisionada UNICEF en las comisiones interinstitucionales de supervisión de centros privativos de libertad de adolescentes infractores de la Ley 20.084. Actualmente es miembro del Centro Iberoamericano de derechos de los niños–CIDENI– donde se desempeña como investigadora.

Casas, Lidia

Licenciada en Urban and Regional Planning de la University of Saskatchewan, Canadá (BA, 1987). Licenciada en Derecho por la UDP y abogada; magíster en Derecho por la University of Toronto, doctora en Derecho de la Universidad de Ottawa. Miembro del Gender and Rights Advisory Group del Departamento de Salud Reproductiva de la OMS (2008-2009 y 2013-2014). Miembro de la Red latinoamericana de profesores de derecho, género y sexualidades discriminadas, Red-Alas. Directora del Centro de Derechos Humanos UDP, investigadora y profesora de la Facultad de Derecho de la UDP.

Collins, Cath

Magíster y doctora en Ciencia Política de las universidades de Cambridge y Londres. Catedrática en justicia transicional en la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte. Directora académica del Observatorio de

Justicia Transicional (ex Observatorio de Derechos Humanos) de la UDP, que estudia desde 2008 los procesos de verdad, justicia y memoria en Chile, relacionados con el legado de la dictadura cívico militar. Ha investigado y publicado, desde 2000, sobre el legado y manejo judicial de crímenes de lesa humanidad de tiempos de dictadura en Chile, El Salvador y el resto de la región latinoamericana. En 2012 y 2013, en representación del Observatorio, fue cofundadora de la Red Latinoamericana de Justicia Transicional. Entre 2005 y 2006, fue la responsable regional para América Latina del *think tank* británico Chatham House. Su libro más reciente es *La política de la memoria en Chile de Pinochet a Bachelet* (Santiago: UDP, 2014), coeditado con Katherine Hite y Alfredo Joignant.

Del Pino, Sebastián

Abogado, licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica y magíster en Pensamiento Contemporáneo de la Universidad Diego Portales. Actualmente se desempeña como profesor ayudante de la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos, ayudante *senior* del Programa de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; y como investigador en la Unidad de Estudios del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Maira, Gloria

Economista, diplomada en Políticas Públicas y magíster en Ciencias Sociales con especialización en género de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO, sede Ecuador. Profesional senior del ámbito de las ciencias sociales, los derechos humanos, los derechos de las mujeres y las políticas públicas, con alta experticia en género. Se desempeñó en funciones de alta responsabilidad en el sector público y de dirección ejecutiva y coordinación en espacios no gubernamentales y ciudadanos en el país y la región. Ha sido funcionaria y consultora de agencias del sistema de Naciones Unidas. Cuenta con varias publicaciones sobre derechos humanos de las mujeres, violencia contra las mujeres y femicidio, aborto, salud y derechos sexuales y derechos reproductivos.

Muñoz Hardoy, María del Pilar

Profesora de Educación General Básica, magíster en Gestión y Evaluación. Fue directora de la carrera de Pedagogía en Educación Básica de la UDP y, actualmente, se desempeña como secretaria de Estudios en la misma facultad. Docente del curso Derechos humanos y ciudadanía para las carreras de Educación Básica, Pedagogía en Inglés y Educación Parvularia. Fundadora del Colectivo Pedagógico en Derechos Humanos, que desarrolla investigación y publicaciones sobre la formación docente y la memoria histórica.

Rajevic, Enrique

Abogado, Universidad Católica, máster en Política Territorial y Urbanística y doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor full-time de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Entre sus ocupaciones anteriores destaca la de director jurídico del Consejo para la Transparencia (2009-2013).

Ramos Abadie, Liliana

Profesora de Educación Diferencial, magíster en Antropología y Desarrollo. Directora de la carrera de Pedagogía en Educación Diferencial con mención en Desarrollo Cognitivo de la UDP. Cuenta con amplia experiencia profesional en el ámbito de la inclusión de estudiantes con discapacidad en la educación común. Además, se ha desarrollado como académica en las temáticas de necesidades educativas especiales y educación inclusiva. Es coautora del libro *El viaje hacia la diferencia: La escuela inclusiva*, (Santiago, Ediciones SM, 2013).

Rivas, Antonia

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la UDP y doctora en Antropología Sociocultural de la Universidad de California, Berkeley. Se ha desempeñado como abogada y asesora en asuntos indígenas para el gobierno de Chile (Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Desarrollo Social), en la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA) y en proyectos de diversas organizaciones no gubernamentales. Actualmente, desarrolla su labor investigativa y docente sobre temas relacionados con la antropología del derecho, territorialidad indígena, derecho ancestral o tradicional, derechos humanos con especial énfasis en los pueblos rapanui y mapuche.

Saavedra, María Belén

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la UDP. Ayudante de la misma casa de Estudios y profesora del Magíster de Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Presidenta de la sección chilena de Amnistía Internacional. Trabajo como abogada de la unidad de reformas legales del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género.

Schönsteiner, Judith

Profesora asociada de la Facultad de Derecho, UDP. Doctorada en Derecho; magíster en Derecho Internacional de Derechos Humanos por la Universidad de Essex, Inglaterra; y magíster en Ciencia Política por la Universidad Johannes Gutenberg, de Mainz, Alemania. Ha trabajado como investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex. Realizó una práctica y fue consultora externa

del Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. Es socia del Essex Business and Human Rights Project. Dicta el curso “Derecho internacional público” y coordina el área de Empresas y derechos humanos, creada en 2010 del Centro de Derechos Humanos de la UDP.

Valenzuela, Ester

Abogada, magíster en Derechos de la Infancia Adolescencia y Familia. Es directora ejecutiva del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño y miembro del directorio de la Fundación Infancia Primero. Adicionalmente se desempeña pro bono como curadora *Ad litem* del Programa La Voz del Niño. Es, además, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Valdés, Constanza

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales. Consultora en materias de la diversidad sexual y de género. Trabajó durante los últimos 3 años en la tramitación legislativa del proyecto de ley de identidad de género. Experta sobre derechos LGBTI en la plataforma Hay Mujeres. Actualmente se desempeña como asesora legislativa en la Cámara de Diputados.

Varas, Karla

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile; magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Talca, en convenio con la Universidad de Valencia. Ex defensora laboral jefe de la provincia de Bío-Bío. Actualmente es becaria del programa de Doctorado de la UDP. Docente en los diplomados de la UDP en Derecho del Trabajo y en los programas del magíster de la Universidad de Talca y la Universidad Adolfo Ibáñez. Actualmente es candidata a doctora en Derecho por la Universidad Diego Portales y Universidad de Salamanca.

Vargas, Francisca

Abogada, magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional. Se ha desempeñado como investigadora y encargada de proyectos en el Centro de Derechos Humanos de la UDP y actualmente es directora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la misma universidad, y profesora de pregrado en la Facultad de Derecho y en formación general de esa casa de estudios. Pertenece a la Red de apoyo legal de refugiados de las Américas (RALRA); a la red de docentes de derecho internacional de los refugiados del Comité Helsinki Húngaro y ACNUR. Es también experta de la organización Hay Mujeres.

Vial, Tomás

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; magíster en Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, EEUU; magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, PUC; doctor en Derecho, University College London (UCL). Ha trabajado como asesor jurídico de la Subsecretaría de Guerra del Ministerio de Defensa; asesor jurídico en la división jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y jefe del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Actualmente, es investigador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UDP, editor de su *Informe Anual de Derechos Humanos* y profesor de Derecho Constitucional.

